



UNIVERSIDAD DE LA RIOJA

TRABAJO FIN DE ESTUDIOS

Título

COMPLIANCE PROGRAM PENAL
(Estudio analítico de los elementos que componen un Compliance Program y del impacto sobrevenido en el Régimen Jurídico de las Personas Jurídicas)

Autor/es

ALEIX ÁVILA MARÍN

Director/es

SERGIO PÉREZ GONZÁLEZ y PEDRO MARÍA GARCIANDÍA GONZÁLEZ ,

Facultad

Escuela de Máster y Doctorado de la Universidad de La Rioja

Titulación

Máster Universitario en Acceso a la Abogacía

Departamento

DERECHO

Curso académico

2018-19



COMPLIANCE PROGRAM PENAL

(Estudio analítico de los elementos que componen un Compliance Program y del impacto sobrevenido en el Régimen Jurídico de las Personas Jurídicas),

de ALEIX ÁVILA MARÍN

(publicada por la Universidad de La Rioja) se difunde bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 3.0 Unported.

Permisos que vayan más allá de lo cubierto por esta licencia pueden solicitarse a los titulares del copyright.

© El autor, 2019

© Universidad de La Rioja, 2019

publicaciones.unirioja.es

E-mail: publicaciones@unirioja.es

Trabajo de Fin de Máster

COMPLIANCE PROGRAM PENAL

ESTUDIO ANALÍTICO DE LOS ELEMENTOS QUE COMPONEN
UN *COMPLIANCE PROGRAM* Y DEL IMPACTO SOBREVENIDO
EN EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Autor:

D. Aleix Ávila Marín

Tutor:

Dr. Sergio Pérez González

MÁSTER:

Máster de acceso a la abogacía (254M)

Escuela de Máster y Doctorado



**UNIVERSIDAD
DE LA RIOJA**

AÑO ACADÉMICO: 2018/2019

ÍNDICE

ABREVIATURAS

RESUMEN

ABSTRACT

| | |
|--|----|
| INTRODUCCIÓN | 1 |
| 1.- ORIGEN, CONCEPTO Y FUNCIONES DEL <i>COMPLIANCE</i> | 3 |
| 1.1.- Origen del <i>Compliance</i> | 3 |
| 1.2.- Concepto y funciones del <i>Compliance</i> | 7 |
| 2.- LA INTRODUCCIÓN DE LOS <i>COMPLIANCE PROGRAMS</i> EN EL MARCO NORMATIVO ESPAÑOL..... | 13 |
| 2.1.- Evolución cronológica de la normativa <i>compliance</i> en el Derecho Penal Español..... | 13 |
| 3.- NORMATIVA ISO 19600-UNE 19601 | 23 |
| 4.- ELEMENTOS PREVIOS AL PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO (Exigencias normativas y costumbres corporativas) | 26 |
| 4.1.- Modelos de gestión de los recursos financieros para implantar un programa de cumplimiento..... | 26 |
| 4.2.- Establecer protocolos que concentran el proceso de formación de la voluntad de la empresa x y la adopción de acuerdos | 28 |
| 4.3.- Código Ético..... | 29 |
| 4.4.- Programas de formación e información de los empleados y directivos de la empresa en materia de <i>Compliance Program</i> y ética..... | 35 |
| 5.- ELEMENTOS QUE COMPONEN LA ESTRUCTURA DEL <i>COMPLIANCE</i> <i>PROGRAM</i> | 41 |
| 5.1.- Introducción del objeto del Plan de Prevención de Riesgos Penales ... | 41 |
| 5.2.- Ámbito de aplicación..... | 42 |
| 5.3.- Metodología practicada para la elaboración del Plan de Prevención de Riesgos Penales | 42 |

| | |
|---|----|
| 5.4.- Mapa de riesgos | 44 |
| 5.5.- Órgano de control y de decisión (<i>Compliance Officer</i> y <i>Chief Compliance Officer</i>) | 46 |
| 5.6.- Canal de denuncias | 55 |
| 5.6.1.- Antecedentes legislativos en el marco internacional y nacional | 55 |
| 5.6.2.- Concepto y ámbito de aplicación | 57 |
| 5.6.3. Características | 60 |
| 5.6.4.- Procedimiento | 61 |
| 5.7.- Revisiones periódicas y actualización de los Compliance Programs.... | 63 |
| CONCLUSIONES..... | 66 |
| BIBLIOGRAFÍA | |
| ANEXO I.- Esquemas de las funciones del <i>Compliance</i> | |
| ANEXO II.- Canal de denuncias (capturas de pantalla de la página web de SENER) | |
| ANEXO III.- Ejemplo práctico de un mapa de riesgos | |

ABREVIATURAS

| | |
|----------------|---|
| AENOR | Agencia Española de Normalización y Certificación |
| AEPD | Agencia Española de Protección de Datos |
| AN | Audiencia Nacional |
| Art, arts. | Artículo, artículos |
| ASCOM | Asociación Española de <i>Compliance</i> |
| BOCG | Boletín Oficial de las Cortes Generales |
| BOE | Boletín Oficial del Estado |
| CE | Constitución Española |
| <i>Cit.</i> | Citado |
| CMS | <i>Compliance Managment System</i> |
| CNMV | Comisión Nacional de Mercado de Valores |
| CO | <i>Compliance Officer</i> |
| CCO | <i>Chief Compliance Officer</i> |
| COSO | <i>Commite of Sponsoring Organizations of the Treaway Comission</i> |
| CP | Código Penal |
| CPS | <i>Compliance Programs</i> |
| DEA | <i>Drug Enforcement Agency</i> |
| EPA | <i>Environmental Protection Agency</i> |
| <i>Et. al.</i> | Y otros |
| ET | Estatuto de los Trabajadores |
| FCPA | <i>Foreign Corrupt Practices Act</i> |
| FGE | Fiscalía General del Estado |
| HLS | <i>High Level Structure</i> |
| <i>Ibid.</i> | En el mismo lugar |
| ISO | <i>International Organization for Standarization</i> |
| LO 5/2010: | Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal |
| LO 1/2015: | Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, para la modificación penal de las personas jurídicas |

| | |
|----------------|---|
| LOPD | Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal |
| OCDE | Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico |
| ONU | Organización de Naciones Unidas |
| <i>Op. cit</i> | Obra citada |
| PyMES | Pequeñas y Medianas Empresas |
| RD | Real Decreto |
| SEC | <i>Security Exchange Commission</i> |
| SOX | <i>Sarbanes-Oxley Act</i> |
| STS | Sentencia del Tribunal Supremo |
| TFM | Trabajo de fin de Máster |
| TIC | Tecnologías de la Información y la Comunicación |
| TSJA | Tribunal Superior de Justicia de Andalucía |
| UE | Unión Europea |
| UNE | Una Norma Española |
| <i>Vid.</i> | Véase |

RESUMEN

La responsabilidad penal de las personas jurídicas fue introducida por la Ley Orgánica 5/2010 en nuestro Código Penal; posteriormente la Ley Orgánica 1/2015 realizó modificaciones sobre este extremo. De este modo, las entidades corporativas se han visto obligadas a introducir en su organigrama un *Compliance Program*, con la finalidad de prevenir los posibles delitos penales que se pudieran cometer en el seno interno de la entidad, por cualquier miembro de la misma.

Este trabajo analiza los elementos que componen un *Compliance Program* atendiendo a las directrices establecidas en el Código Penal y a las costumbres corporativas. Además, se profundiza en las figuras del *Compliance Officer* y *Chief Compliance Officer* como garantes del control y buen funcionamiento del *Compliance Programs*.

Palabras clave: *compliance program*, responsabilidad penal, personas jurídicas, *compliance officer*, *chief compliance officer*.

ABSTRACT

The legal responsibility of the legal persons was introduced by the Organic Law 5/2010 in our Criminal Code, later the Organic Law 1/2015 made some changes about it. So the companies were forced to introduced Compliance Programs in their flow charts, with the objective of prevent the possible crimes that may be committed within the companies, by any member of them.

This paper analyze the elements that make up a Compliance Program according to the guidelines of the Criminal Code and the corporate customs. It also studies the figures of the Compliance Officer and the Chief Compliance Officer as guarantors of the good performance of the Compliance Program.

Keys Words: *compliance program*, *criminal responsibility*, *legal persons*, *compliance officer*,

INTRODUCCIÓN

El presente Trabajo de Fin de Máster trata uno de los temas de mayor relevancia y de constante actualidad jurídica del área de Derecho Penal, y más concretamente en el marco de la responsabilidad penal de las personas jurídicas que contempla nuestro Código Penal después de la reforma operada por L.O. 1/2015 y la publicación de la Circular 1/2016 Fiscalía General del Estado.

Por ende, estamos haciendo referencia a los Programas de Cumplimiento Normativo o *Compliance Programs*, atendiendo a los modelos de organización y gestión para la prevención de los posibles delitos que puedan darse en las personas jurídicas, o bien por inhibición en la instauración de programas de cumplimiento o bien por ser éstos defectuosos.

Ante esta situación, el presente trabajo aborda en su primer capítulo el origen, concepto y funciones del *Compliance*. Se parte del concepto *Compliance* como punto de partida y de los escándalos socioeconómicos que se dieron en el S. XX, para sentar las bases de lo que en la actualidad conocemos como *Compliance Programs*.

La introducción de los *Compliance Programs* en el marco normativo español es descrita en el segundo capítulo del trabajo, donde se analizan las dos leyes que asentaron la responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestro país. A mayor abundamiento, la normativa ISO 19600 y UNE 19601, son estándares o guías obligatorios para introducir en las entidades corporativas, los *Compliance Programs*, todo ello desarrollado en el capítulo tercero de este trabajo.

Los *Compliance Programs* poseen una serie de elementos previos exigidos tanto por la normativa penal como por las costumbres corporativas, para que puedan ser considerados eficaces y, por tanto, se posibilite la exoneración de la responsabilidad penal de la personas jurídica y son los siguientes: recursos financieros para implantar el *Compliance Program*, los protocolos de formación de la voluntad de la persona jurídica, los programas de formación de empleados y el Código Ético, todo ello recogido en el capítulo cuarto.

La estructura de un *Compliance Program* es el núcleo central de este trabajo, y así en el capítulo quinto se analizan de manera pormenorizada los elementos que lo componen. En este capítulo se pone de relieve la importancia de la figura de un *Compliance Officer* y un *Chief Compliance Officer* figuras similares pero con diferencias existenciales, que son detalladas de forma comparativa en la trabajo, ya que son uno de los pilares fundamentales en el desarrollo y eficacia de un programa de cumplimiento penal.

De este modo, se llega a la conclusión de que lo que se está experimentando en relación a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, por un lado, es la interiorización del buen gobierno o ética corporativa por parte de las entidades y sus empleados, y por otro, la adaptación célere de nuestro Código Penal a los cambios sociales, económicos y culturales.

1.- ORIGEN, CONCEPTO Y FUNCIONES DEL COMPLIANCE

1.1.- Origen del Compliance

El germen de este anglicismo deviene de los escándalos socioeconómicos que se dieron tanto en EE.UU como en Europa – p. ej. *Worldcom*, *Enron*, *Parmalat* y *Flowtex*¹—. Como consecuencia de ello, los países establecieron directrices y protocolos a seguir para alcanzar una meta, que era mejorar la dirección empresarial por medio del concepto de “buena organización de la empresa” o en el “buen gobierno corporativo”² (*Corporate governance*)³. Necesariamente desarrollamos este concepto de *Compliance Programs* o programas de cumplimiento, basándonos en el modelo anglosajón; primero por haberse originado e iniciado allí esa política del cumplimiento normativo, y segundo porque es el mayor referente que tenemos para el estudio práctico de lo que es un *compliance*.

Nos retrotraemos al siglo XX para encontrar el primer vestigio de los programas de cumplimiento en los EE.UU, teniendo su origen en el “movimiento por la seguridad pública”. Emergiendo, por un lado, las agencias de seguridad pública (p. ej. *Food and Drug Administration* creada en 1906) y, por otro lado, aludimos el caso *New York Central & Hudson River Railroad vs. United States*

¹ La empresa *Worldcom* realizó falsedades contables, declarándose insolvente en el 2002, causando a los EE.UU un perjuicio económico de 107 millones de dólares. En cuanto a la empresa alemana *Flowtex*, en el año 2000, causó un perjuicio de 1, 500 millones de marcos alemanes, a través de negocios ficticios. El caso del consorcio italiano *Parmalat*, producido el 2003, se acusó a la dirección de la empresa de manipulaciones contables con un perjuicio que alcanzaba los 23 millones de euros. En el caso de la empresa *Enron* declarada insolvente en 2001, el perjuicio causado, entre otras cosas a través de falsedades contables y estafas, importaba alrededor de 60 millones de dólares americanos, vid. al respecto TIEDEMANN, K., *Verhandlungen*, 1972, citado por FRAGA GÓMEZ, O., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Los modelos de organización y gestión, “Compliance” en el proyecto de reforma del Código Penal de 2013*, Cuaderno Electrónico de Estudios Jurídicos, Ed. Círculo Académico de Estudios Jurídicos, Nº 1, Santiago de Compostela, 2013, p.53, <http://www.ceej.es/pdf/diciembre13.pdf> [Consulta: 10 de octubre, 2018].

² PUENTES POYATOS, R., VELASCO GÁMEZ, M.M., VILAR HERNÁNDEZ, J., «El buen gobierno corporativo en las sociedades cooperativas», *Revista de Estudios Cooperativos* (REVESCO), nº 98, Segundo Cuatrimestre 2009, p.120 (El primer Código de buen gobierno fue publicado en el año 1992 (Reino Unido) el “*Cadbury Report*”. En España el primero de los códigos fue el “*Código Olivencia*” y el “*Código Aldama*” en 1998 y 2003 respectivamente. Igualmente, ambos se unificaron en 2006 para dar paso al “*Código Conthe*”), <http://webs.ucm.es/info/revesco/txt/REVESCO%20N%2098.5%20Raquel%20PUENTES.%20M%20aria%20del%20Mar%20VELASCO.%20Juan%20VILAR.pdf> [Consulta: 12 de noviembre, 2018].

³ PUENTES POYATOS et al. (2009), p.121. *Corporate Governance*, es un instrumento de gestión de las relaciones entre principal –accionista– y agente –directivos–; debe estar dirigido para fortalecer los sistemas de gestión, control y administración de las empresas. Además, los socios participan activamente en la fijación de sus políticas y en la toma de decisiones.

en el año 1909, donde la empresa fue condenada por el ilícito otorgamiento de tarifas favorables a una serie de empresas azucareras. Las consecuencias fueron elocuentes, el gobierno federal y las empresas privadas aumentaron ostensiblemente las fricciones entre ellas, debido a la vigilancia gubernamental a la que fueron sometidas éstas.

No obstante, el modelo de supervisión opresiva al que se vieron sometidas las empresas se vio limitado en la década de 1970. Con posterioridad al escándalo de *Watergate* y las pertinentes investigaciones que se llevaron a cabo por la Comisión de Bolsa y Valores (*Security Exchange Commission/ SEC*)⁴, surge la Ley de Anticorrupción extranjera (*Foreign Corrupt Practices Act/ FCPA*)⁵. Además, esta ley vino aparejada con la posterior creación de las agencias de control, como la Agencia de Protección del Medio Ambiente⁶ y la Agencia de Control de Drogas⁷ (*Environmental Protection Agency/ EPA and the Drug Enforcement Agency/ DEA*). Éstas promovieron de forma activa a que las empresas cumplieran la normativa estatal, por medio de la instauración de controles de vigilancia sobre los recursos internos de las mismas, naciendo por tanto, los primeros programas de prevención y ética corporativa, es decir, lo que hoy conocemos como “*compliance*”.

⁴ *Security Exchange Commission*, es una agencia del Gobierno de Estados Unidos que tiene la responsabilidad principal de hacer cumplir las leyes federales de los valores y regular la industria de los valores, los mercados financieros de la nación, así como las bolsas de valores, de opciones y otros mercados de valores electrónicos, <https://www.sec.gov/> [Consulta: 21 de octubre, 2018].

⁵ Esta ley data del 1977, y exige que las compañías cotizadas dispongan de un sistema adecuado y acorde respecto del control interno de la contabilidad empresarial. Por ende, supuso dar el primer paso en materia de política pública, con el objetivo de estimular el cumplimiento por parte de las empresas en aras de la legalidad normativa, optando por una estrategia de “autoregulación interna”. Sin embargo, en 1987 la Comisión *Treadway* reconoce que no se han eliminado los problemas respecto a la falta de definición y la falta de normas relativas a los controles internos en las empresas, por lo que se publica en 1992 un informe llamado “*Internal Control Integrated Framework*”, estableciendo una serie de requisitos básicos para el control de las empresas.

⁶ *Environmental Protection Agency*, es la Agencia de Protección del Medio Ambiente es una agencia del gobierno federal de Estados Unidos encargada de proteger la salud humana y proteger el medio ambiente: aire, agua y suelo, <https://www.epa.gov/> [Consulta: 21 de octubre, 2018].

⁷ *Drug Enforcement Agency*, es la Administración para el Control de Drogas es la agencia del Departamento de Justicia de los Estados Unidos dedicada a la lucha contra el contrabando y el consumo de drogas en los Estados Unidos, además del lavado de activos. Pese a compartir jurisdicción con el FBI en el ámbito interno, es la única agencia responsable de coordinar y perseguir las investigaciones antidroga en el extranjero. <https://www.dea.gov/contact-us-0> [Consulta: 21 de octubre, 2018].

En las dos décadas posteriores que van desde el 1980 a 2000, nace la globalización mundial, llevando consigo una confluencia de factores que modificaron el paradigma empresarial. Por tanto, la normativa que se había instaurado en materia de responsabilidad penal de las empresas. Así, las tradicionales políticas de prevención y control se convirtieron en insuficientes ante esta serie de factores que enumeramos a continuación⁸:

1. Liberalización de los mercados mundiales (UE surge el Mercado Único)
2. Caída del muro de Berlín (surge un nuevo mercado capitalista)
3. Crecimiento de *Internet* y las Tecnologías de la Información y comunicación (TIC)

En esta década nacen las políticas contra el blanqueo de capitales, de las iniciativas anticorrupción de la Organización de las Naciones Unidas⁹ y la Organización para la cooperación y el desarrollo económico¹⁰, del fomento y desarrollo de las prácticas de Buen Gobierno Corporativo (ONU Global Compact). En tal sentido, debemos señalar que en la década de 1990, aparecen las *Sentencing Guidelines*¹¹ con el objetivo de incentivar a las empresas para que se autorregulen, y de este modo surge el concepto conocido como la autorregulación regulada¹².

⁸ BONATTI BONET, F., “*Legal Compliance (I): Una breve historia*”, <https://www.bonattipenal.com/legal-compliance-i-una-breve-historia/> [Consulta: 3 de diciembre, 2018].

⁹ Organización de las Naciones Unidas, es la mayor organización internacional existente. Se define como una asociación de gobierno global que facilita la cooperación en asuntos como el Derecho internacional, la paz y seguridad internacional, el desarrollo económico y social, los asuntos humanitarios y los derechos humanos, <http://www.un.org/es/index.html> [Consulta: 21 de octubre, 2018].

¹⁰ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico es un organismo de cooperación internacional, compuesto por 37 estados, cuyo objetivo es coordinar sus políticas económicas y sociales. La OCDE fue fundada en 1960 y su sede central se encuentra en el *Château de la Muette*, en París, Francia. Los idiomas oficiales de la entidad son el francés y el inglés, <http://www.oecd.org/> [Consulta: 21 de octubre, 2018].

¹¹ Compendio de normas y sentencias que pasaron a formar parte de la *Effective Compliance & Ethics Program*.

¹² La autorregulación regulada mantiene el control sobre aquellos sectores empresariales dedicados a actividades o servicios que revisten especial riesgo o complejidad. Por medio de este fenómeno el Estado tiene la posibilidad de convalidar la regulación privada como normativa válida y vigente, a través de los comités técnicos que valoran las deficiencias, requisitos o presupuestos necesarios en los procesos de producción y de control, vid. al respecto AGUILERA GORDILLO, R., «*COMPLIANCE PENAL. Régimen Jurídico y Fundamentación analítica de la Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica y el Compliance Program*», Ed. UCOPress, 2018, p.208.

En este contexto, EE.UU. fue el impulsor para que los países miembros de la OCDE firmaran en 1997 el correspondiente Convenio de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales e Internacionales. Asimismo, tras los escándalos sucedidos en EE.UU. mencionados *supra*, en el año 2002 se promulgó la *Sarbanes- Oxley Act*, cuyo objetivo principal era la mejora en la protección de los inversores, por medio del establecimiento de condiciones legales de carácter restrictivo con la exactitud y veracidad de la información que divulgaban las empresas. En este sentido, podemos afirmar que la SOX constituyó un punto de inflexión respecto de los programas de cumplimiento ya que, a partir de ella, las exigencias en esta materia devinieron en más estrictas y extensas.

Llegados al siglo XXI se dan una serie de escándalos financieros como *Parmalat* y *Siemens*¹³, exigiéndose por ello, nuevas políticas de control sobre las corporaciones y reforzando la normativa comunitaria a través de las directrices de la OCDE e instaurando modelos como la *Bribery Act*¹⁴ en Reino Unido. El año 2007 es un punto de inflexión para el capitalismo mundial porque se da una de las peores crisis económicas que se recuerda, a partir de la caída de *Lehman Brothers*. La principal consecuencia de esta crisis mundial en cuanto a la materia que estamos tratando, se vio reflejada en el origen del *Committe of Sponsoring Organizations of the Treaway Commission*, además, se instauraron estándares

¹³ KUHLEN, L., MONTIEL, J.P., ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., (Eds.). *Compliance y Teoría del Derecho Penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp.59-61. El caso *Siemens* fue el de mayor importancia en Alemania, en cuanto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas y todo aquello referente a los *Compliance Programs*. A grandes rasgos, el enjuiciamiento de la empresa devino por tener un *Compliance Program* incompleto e ineficiente. Como consecuencia de la sanción impuesta a *Siemens*, ésta realizó una serie de cambios como el nombramiento de nuevos altos cargos de dirección, despido y sanciones sobre miembros que conformaban el nivel intermedio y bajo de la empresa. Asimismo, a aquellos colaboradores se les prometió y otorgó una “amnistía” en caso de cooperación en el esclarecimiento de casos de corrupción. Además, se iniciaron minuciosas investigaciones por medio del bufete *Debevoise & Plimpton* para descubrir, tanto los casos de corrupción como los departamentos endebles en la organización de la empresa que los favorecían. Igualmente, los abogados fueron auxiliados por la empresa de auditoría *Deloitte & Touche* (costo de las investigaciones: alrededor de 1.000 mill €). Por último, se realizaron cambios organizativos en el *compliance* (desde 2007 se implantó un departamento de administración para Derecho y *compliance*); se introdujo la figura del *Chief Compliance Officer*; un *Compliance Monitor* externo evalúa las medidas de *compliance* de la empresa e informa a respecto. Desde 2007 los empleados pueden dirigirse a un *Compliance Help Desk*, esto es, a un *callcenter*, con indicaciones sobre casos sospechosos, como con preguntas acerca de la admisibilidad de determinadas acciones.

¹⁴ Ley aprobada en 2010 para actualizar y mejorar la legislación sobre el soborno y fraude internacional, con el fin de adaptarse a las exigencias internacionales (*Convention on the Bribery of Foreign Public Officials* de la OCDE, *United Nations Convention Against Corruption*).

de la *International Organization for Standardization*¹⁵, que más adelante analizaremos *infra*.

Tras tomar conciencia de lo sucedido en 2007, se pusieron en liza iniciativas comunitarias para paliar el fraude fiscal y fomentar las estrategias de transparencia en las empresas, por medio de las Directivas Comunitarias donde se obligaba al intercambio de datos fiscales. Como principal referente de esta nueva política del cambio, aludo a Europa 2000¹⁶, que es una estrategia de crecimiento de la Unión Europea para la década que va de 2010 a 2020. Su finalidad es paliar la crisis económica y también, subsanar los defectos de nuestro modelo de crecimiento económico, apoyándose en la inteligencia, sostenibilidad e integración.

1.2.- Concepto y funciones del *Compliance*

El concepto *Compliance*¹⁷ en nuestro país ha pasado del anonimato a ser uno de los principales temas de estudio por la doctrina penalista. Debido a que se han ido realizando diversas modificaciones y consideraciones legislativas en materia de responsabilidad penal para un ente como son las personas jurídicas y, en consecuencia afectando al sector empresarial.

¹⁵ *Internacional Organization of Standardization* es una organización para la creación de estándares internacionales compuesta por una serie de organizaciones nacionales de estandarización. La fecha de su fundación fue el 23 de febrero de 1947, teniendo su sede en Ginebra (Suiza). Es una organización de carácter independiente y no gubernamental, formada por 163 países (se dividen en tres categorías de miembros: cuerpos miembro, miembros corresponsales y miembros participantes). Los idiomas oficiales de la organización son el inglés, francés y ruso. Los miembros que componen la ISO son autoridades reconocidas en estandarización y cada uno representa a un país. La Asamblea General se reúne anualmente para tratar las directrices y objetivos estratégicos de ISO <https://www.iso.org> [29 de noviembre, 2018].

¹⁶ Europa 2000, creación de la Unión Europea para obtener un crecimiento económico, apoyado por un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, <http://www.ciencia.gob.es/portal/site/MICINN/menuitem.26172fcf4eb029fa6ec7da6901432ea0/?vgnextoid=9fa3cd8da41c1410VgnVCM1000001d04140aRCRD> [Consulta: 25 de octubre, 2018].

¹⁷ ROTSCH, T., «Criminal Compliance», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 1, *Universitat Augsburg*, Barcelona, enero de 2012, p. 2, <http://www.indret.com> [Consulta: 15 octubre, 2018].

En la actualidad, si introducimos el concepto *Compliance* en *google* aparecen 115 millones de entrada.

Grosso modo el *Compliance Program* Penal¹⁸ o *Criminal Program*¹⁹ es un conjunto de normas internas de carácter preventivo establecidas en las personas jurídicas por iniciativa del órgano de administración, con la finalidad de implementar un modelo de organización y gestión eficaz e idóneo, permitiendo a la empresa minimizar el riesgo de comisión de delitos y posibilitar su exoneración; y en su caso, al órgano de administración, de la responsabilidad penal de los delitos cometidos por sus directivos y empleados.

El trasfondo que lleva aparejada la palabra *compliance* va más allá de lo meramente jurídico, ya que la esencia cultural va ligada a la idea del “buen ciudadano corporativo”²⁰, esto es, el resultado de que una organización cumple con sus obligaciones, acorde a una cultura de *compliance* que tiene por finalidad reputacional de la empresa. Por ende, los conceptos de buen gobierno y buena gobernanza junto a la ética son tres pilares fundamentales en el idealismo del concepto *compliance* por parte de la doctrina penalista anglosajona.

Llegados a este punto, resulta vital señalar la doble función que poseen los programas de *Compliance*. Por un lado, tenemos la función más relevante y conocida por los juristas, el carácter preventivo mencionado en la definición supra. Por otro lado, se tiene la función de confirmación del derecho. Esta función menos conocida que la anteriormente descrita, se basa en establecer mecanismos para detectar irregularidades cometidas en el seno interno de la empresa.

A mayor abundamiento, se detallarán a continuación las principales funciones que consagran los CPS y que han sido extraídas del Libro Blanco de la Asociación Española de *Compliance*²¹:

¹⁸ FRAGA GÓMEZ. *Op. cit.*, pp.53-56.

¹⁹ Término anglosajón para hacer referencia a los Programas de cumplimiento penal, utilizado por la doctrina penalista y, que es definido y analizado de manera pormenorizada por el Dr. Thomas Rostch en su obra “*Criminal Compliance*”, de la cual se hacen referencias en este Trabajo de Fin de Máster.

²⁰ AYALA DE LA TORRE, J.M., “*Compliance*”, *Claves prácticas Francis Lefebvre*, Ed. Lefebvre-El Derecho, Madrid, 2016, p. 13.

²¹ Asociación Española de *Compliance*, «Libro blanco sobre la función de *Compliance*», Madrid, 2017, pp.23-42, <https://www.asociacioncompliance.com> [Consulta: 10 de noviembre, 2018].

Obligaciones de *Compliance*

a.- Identificación de las obligaciones: El órgano de administración impulsará la identificación de las obligaciones de *Compliance*. Además de asigna la prevención, detección y gestión de los riesgos derivados de sus incumplimiento a uno o varios Programas de *Compliance*.

b.- Actualización de las obligaciones: La organización debe disponer de un conocimiento actualizado de las obligaciones de *Compliance*.

c.- Difusión de las obligaciones: El programa de *Compliance* cuidará de que las normas o documentos de los que deriven obligaciones sean accesibles a los colectivos que precisen consultar sus contenidos.

La función *Compliance* tratará que las obligaciones sean comprendidas por los colectivos, por medio de acciones de formación y concienciación.

d.- Asignación de responsabilidades: El personal de la organización debe conocer los deberes y expectativas depositadas en el Programa de *Compliance*.

Se promoverá que el nivel de diligencia en el conocimiento y observancia sea, tanto para el personal de la organización como de eventuales terceros.

f.- Integración de las obligaciones: Se integrarán las obligaciones de *Compliance* dentro de los procesos de negocio de la organización.

La función *Compliance* velará porque las políticas, procedimiento y controles, incluyan los contenidos apropiados para dar cumplimiento a las obligaciones objeto del Programa de *Compliance*.

Tratamiento de *riesgos*

a.- Identificación de los riesgos: Consiste en conocer aquellos riesgos asociados con el incumplimiento de las obligaciones de *Compliance* y que son objeto de uno o varios Programas de *Compliance*.

Los riesgos asociados con el incumplimiento de las obligaciones trazadas por el *Compliance* pueden ser tanto económicas (sanciones, pérdidas financieras, etc) como reputacionales.

Así que, la identificación de los riesgos de *Compliance* serán proyectados sobre las obligaciones marcadas en el Programa de Cumplimiento por la organización, al fin de prevenirlos, detectarlos y gestionarlos.

b.- Análisis de los riesgos: El análisis de los riesgos se efectuará atendiendo a las amenazas que exponen a la organización, considerando sus circunstancias y dentro de un ejercicio racional de previsión.

Se tendrá en cuenta la probabilidad de que se materialicen las consecuencias que se producirán en tal caso.

c.- Valoración de los riesgos: Se categorizan los riesgos dependiendo de su relevancia, determinando una priorización que ayude a la organización y a la función de *Compliance*.

Administrar razonablemente los recursos para su prevención, detección y gestión por medio del Programa de *Compliance*.

En el proceso de categorización de los riesgos, se tendrá en cuenta el nivel de amenaza que se suponen, de acuerdo con el análisis realizado.

d.- Identificación de controles de *Compliance*: Identificación de las políticas, procedimientos y controles que la organización dispone para prevenir, detectar y gestionar aquellos que formen parte el alcance del Programa de *Compliance* que debe operar.

Se propondrán nuevas políticas, procedimientos y controles, o la modificación de los ya existentes, para mejorar las prestaciones del Programa de *Compliance* que debe operar.

El *Compliance* debe participar en el diseño y control de la observancia de políticas, procedimientos y controles relacionados con el Programa de *Compliance* que opera en la organización.

e.- Valoración de los controles de *Compliance*: Valoración de las políticas, procedimientos y controles de *Compliance* a efectos de contrastar su adecuación para la prevención, detección y gestión de los riesgos, sobre los que se proyecta el Programa de *Compliance*.

Formación y Concienciación

a.- Ciclos formativos para los trabajadores en materia de obligaciones y riesgos.

b.- Campañas de concienciación a efectos de sensibilizar al personal de la organización sobre riesgos, políticas, procedimientos y controles.

Código Ético, Código de conducta o normativa equivalente será accesible para el personal de la organización, en aras de conocer los textos jurídicos a través de sesiones formativas o campañas de concienciación

Dicha valoración implica considerar tanto el diseño como la eficacia de dichos elementos.

A efectos de eficacia de las políticas, procedimientos y controles de *Compliance*, se velará porque se apliquen de manera uniforme y consistente en la organización, de modo que puedan cumplir razonablemente su función de prevención, detección y respuesta ante los riesgos emergentes.

Asesoramiento

a.- Mantener a la organización prevenida de cambios o modificaciones actuales o previsibles, en materia legislativa.

b.- Reportes operativos.

c.- Memorias anuales y comunicaciones urgentes. El Órgano de Administración recibirá una memoria anual consolidada sobre el Programa de *Compliance*. Se informará mediante el Órgano de Administración de aquellas irregularidades o incumplimientos, que causen un grave perjuicio económico o reputacional significativos para la organización.

Canales internos de denuncia y mantenimiento de documentación

a.- Canales internos de denuncia: Se establecerán uno o varios canales para que los empleados puedan realizar comunicaciones concernientes a faltas de ética, conducta o normativa de la organización, por parte de los empleados.

Deben ser accesibles, conocidos, confidenciales y garantes de los derechos de que sean titulares las personas cuyos datos sean tratados.

b.- Mantenimiento de documentación: Archivo de la documentación perteneciente al Programa de *Compliance*.

Solamente tendrá acceso a la documentación, aquellas personas legitimadas para ello.

Monitorización del Programa de *Compliance*

a.- El Programa de *Compliance* debe funcionar de manera que se mantenga adecuado para la prevención y gestión de los riesgos de incumplimiento de las obligaciones de *Compliance*.

b.- Coordinación de las acciones de supervisión y monitorización del Programa de *Compliance*.

c.- Acciones desarrolladas y resultados obtenidos de las actividades de monitorización, en los reportes operativos, memorias anuales o reportes urgentes.

* Para mayor abundamiento, se recoge en el Anexo I una serie de tablas y esquemas que sintetizan las funciones del *Compliance Program*.

2.- LA INTRODUCCIÓN DE LOS *COMPLIANCE PROGRAMS* EN EL MARCO NORMATIVO ESPAÑOL

2.1.- Evolución cronológica de la normativa compliance en el Derecho Penal Español

La nueva era que se vislumbraba en el Derecho Penal español, respecto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, tuvo su punto de inflexión con la Ley Orgánica de 2010²². No fue ni mucho menos una reforma sencilla para el legislador, debido a la complejidad jurídica que llevaba aparejada. GÓMEZ COLOMER expresa un pensamiento crítico respecto a la reforma institucional aseverando que “cuando el legislador acomete una reforma institucional en profundidad, en cualquier ámbito jurídico, y toma partido por una u otra postura sin que la doctrina, seguramente después de muchos años de discusión, haya resuelto previamente la cuestión, o al menos manifieste una opinión mayoritaria, se corre el riesgo de aumentar de manera determinante los problemas jurídicos en la teoría, haciendo muchos de ellos muy difíciles de resolver o sencillamente irresolubles en la práctica, en vez de facilitar su solución y llevar a una decisión justa, que es el fin de toda norma sustantiva”²³.

Asimismo, la crítica que hace GÓMEZ COLOMER en gran medida la comparto, por la sencilla razón de que, cuando la resolución de un conflicto X debe hacerse por medio del proceso penal; por un lado, debemos determinar si un delito ha sido cometido y por otro lado, qué pena debemos imponer al autor o autores del mismo. Por ende, esta acción legislativa²⁴ en materia de Derecho Penal, lleva consigo un desorden manifiesto en primer término y como consecuencia de ello, se genera un área de confusión en el ámbito procesal penal.

²² Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio (BOE del 23), por la que se modifica el Código Penal de 1995, entrada en vigor seis meses más tarde, concretamente el 23 de diciembre de 2010.

²³ GÓMEZ COLOMER, J.L., *El Derecho penal económico en la era Compliance*/ARROYO ZAPATERO, L., NIETO MARTÍN, A (Dir.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p.43.

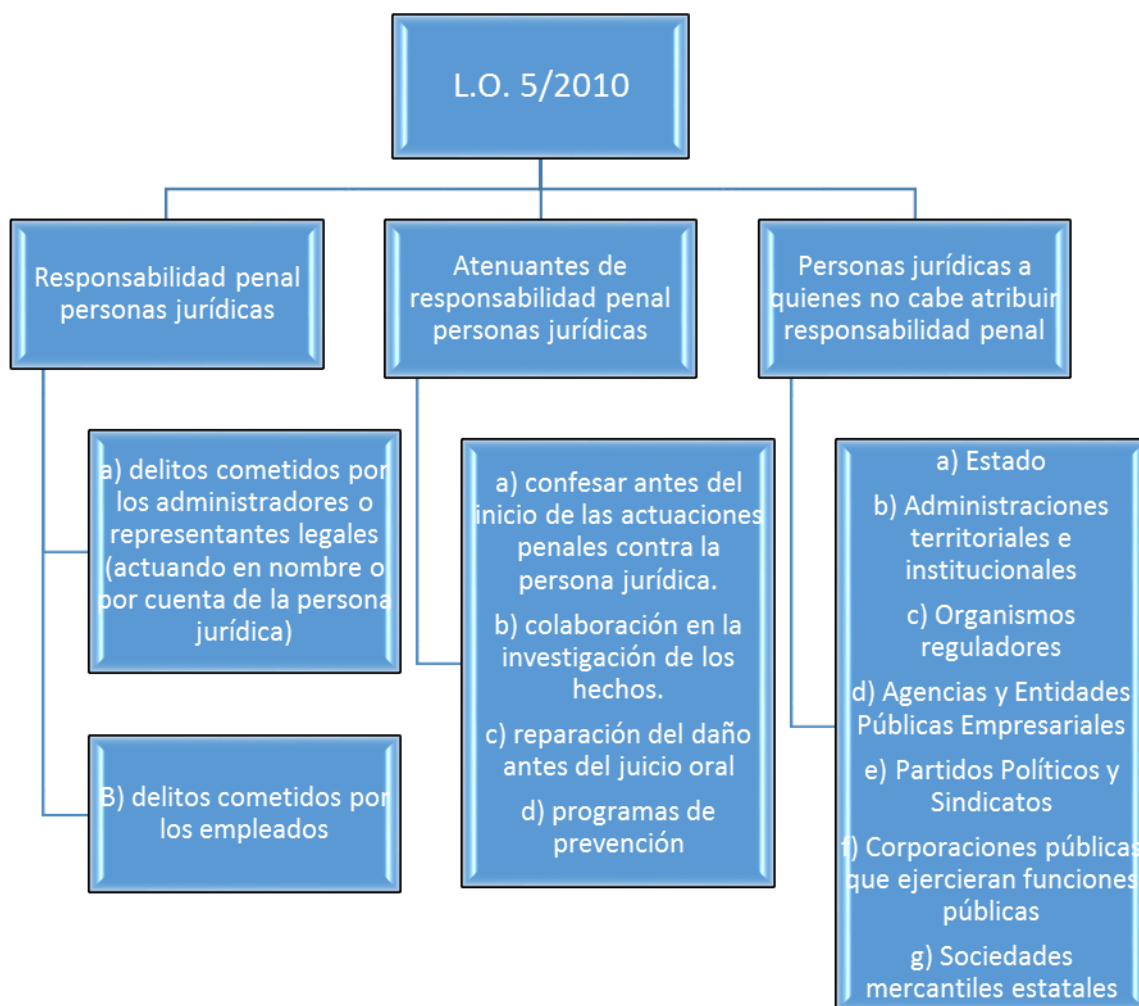
²⁴ La L.O. 5/2010 acomete la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, de una forma confusa y creando un desorden manifiesto en el área penal. Lo que la doctrina lleva años discutiendo, no puede ser resuelto por el legislador tomando partido por una postura u otra, ya que genera inseguridad jurídica y además, emergen nuevos riesgos, creados por una mala praxis legislativa.

No solo GÓMEZ COLOMER realiza una crítica respecto de esta nueva ley sino también encontramos en palabras de CHOCLÁN MONTALVO²⁵ la siguiente afirmación:

“Se aventuran disfunciones graves en la aplicación práctica de la nueva regulación. Probablemente sea preferible una cláusula general de responsabilidad en la parte general del Código que establezca de forma sencilla un criterio normativo de atribución de responsabilidad, basado en el defecto de organización por incumplimiento de los patrones de conducta estandarizados, que sean exigibles en cada sector a la persona jurídica. Para ello bastará un precepto análogo al CP art.11 (es dudoso incluso que no sea suficiente este mismo precepto) que fundamente deberes de acción de la persona jurídica y la posibilidad de imputación del resultado lesivo a la omisión precedente, por el hecho omisivo propio, que ha favorecido las acciones delictivas de directivos o empleados, como consecuencia de no haber evitado que el riesgo de lesión se haya traducido en el resultado lesivo. La culpabilidad de la persona jurídica se fundamenta pues en no haberse organizado del modo que exige la norma, respondiendo por la omisión en el estado previo a la ejecución del delito por la persona física, cuyas consecuencias pueden serle imputadas objetivamente”.

Al margen de estas primeras críticas sobre la reforma ejercitada por el legislador por medio de la ley de 2010, analizaremos a través de este esquema las principales características reformistas de esta L.O. 5/2010:

²⁵ AYALA DE LA TORRE. *Op. cit*, p.33.



*Es de interés los dos autos referentes a la exención de la responsabilidad penal de un partido político²⁶ y una sociedad mercantil respectivamente.²⁷

²⁶ Auto del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (TSJA) 1/2014 de 16 de enero: El Sindicato Andaluz de Trabajadores (SAT) fue objeto de exención de la responsabilidad penal por el caso "Asalto al Mercadona": en el verano de 2012 la asamblea del citado organismo acordó sustraer productos del supermercado Mercadona de Écija, para ser repartido en un colectivo o institución. El TSJA vino a señalar que "la operación fue decidida y preparada por el Sindicato Andaluz de Trabajadores y las personas que intervinieron materialmente en la operación lo hicieron en el marco de la actuación de dicho Sindicato. Por ende, el Sindicato habría que reputarlo como autor de los hechos de no ser porque en el momento de la comisión de los hechos era aplicable la redacción del art.31 bis CP introducido por la L.O. 5/2010 de 22 de junio, donde declaraba la inimputabilidad sobre las personas jurídicas de una posible responsabilidad penal."

²⁷ Auto Penal de la Audiencia Nacional (AN) 260/2014 de 17 de diciembre: Caso DEFEX, la Audiencia Nacional viene a confirmar la imputación de la sociedad mercantil DEFEX, al entender, como hace la Fiscal, que en el caso concreto (contrato de suministro de material a Policía angoleña) DEFEX "nada tiene que ver con llevar políticas públicas y de interés económico general, sino con una operación económica fraudulenta para obtener un enriquecimiento ilícito de sus intervinientes". Por tanto, al no cumplir su objeto social, la persona jurídica sociedad mercantil estatal queda desprovista de la exención de responsabilidad del art.31 bis CP.

Como es conocido, la reforma legislativa que se produjo por medio de la L.O. 5/2010 en el seno del Código Penal español, introdujo por primera vez un sistema de responsabilidad penal para las personas jurídicas²⁸ y, como consecuencia de ello, se eliminó un principio general del Derecho romano *Societas delinquere non potest*²⁹. El artículo 31.4. d) bis CP en su redacción original (L.O. 5/2010) abrió de forma no expresa la posibilidad de atenuar – posteriormente pasa de atenuante a eximente con la entrada en vigor de la L.O. 1/2015– la responsabilidad de las personas jurídicas que adoptasen protocolos orientados a impedir la comisión de delitos. En igual sentido, la Fiscalía General del Estado argumentó que la implementación de programas de cumplimiento, esto es, los llamados CPS, resultaba por sí misma insuficiente para excluir la culpabilidad. Así, la circular afirmaba que

“Existe en este momento el peligro de considerar que la mera formalización de uno de esos estándares constituye un salvoconducto para eludir la responsabilidad penal de la corporación. Sin embargo, lo importante en la responsabilidad penal de la persona jurídica no es la adquisición de un código de autorregulación, corporate defense, plan de prevención del delito o como quiera llamársele, sino la forma en que han actuado o dejado de actuar los miembros de la corporación a que se refiere el artículo 31 bis³⁰ en la situación específica”³¹.

Como podemos observar ya existían proyectos legislativos sobre la posibilidad de instaurar atenuantes a la responsabilidad penal de las personas

²⁸ CASTELLANOS MORENO, C., «Comentario a la STS 154/2016, de 29 de febrero, primer pronunciamiento condenatorio del Alto Tribunal que aprecia la responsabilidad penal de las personas jurídicas», Madrid, pp.1-8, http://www.aranzadi.es/sites/aranzadi.es/files/creatividad/alliantia/pdf/Comentario_STS_154_2016_Resp_penal_31_bis.pdf [Consulta: 12 de noviembre, 2018]., Vid. JIMÉNEZ CARBAYO, V., «Jurisprudencia reciente en materia de responsabilidad penal de personas jurídicas», ESCURA, Barcelona, p.10. <http://www.escura.com/archivos/pdf/Revista-compliance-ES-web.pdf> [Consulta: 12 de noviembre, 2018] la SSTs 221/2016, de 16 de marzo y 872/2016, de 18 de noviembre.

²⁹ El Derecho Romano consagró este principio tomando como base la imposibilidad de atribución de responsabilidad penal sobre las personas jurídicas. Partiendo del hecho de que la persona jurídica no actuaba sino mediante personas físicas que lo hacían en nombre de las primeras. Además, como faltaba el elemento volitivo de las personas jurídicas hacía aun si cabe más difícil atribuirles la responsabilidad penal. Este principio se ha mantenido vigente hasta nuestros días, si bien, a día de hoy, está totalmente superado.

³⁰ Vid. también la obra de MARTÍNEZ PUERTAS, L., PUJOL CAPILLA, P (Coords.), *Guía para prevenir la responsabilidad penal de la empresa*, Thomson Reuters Aranzadi, 1ª Ed, noviembre 2015, pp.25-36.

³¹ Vid. Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado, pp.48-49.

jurídicas. De igual forma, la doctrina científica en su mayoría era partidaria de adoptar atenuantes sobre este tema. A raíz de toda esta visión doctrinal surge la primera reforma a través de la L.O. 7/2012³², que nada tiene que ver con la exención en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas. No obstante, esta ley hace hincapié en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y Seguridad Social, con lo que esto supone para el sector empresarial. Dicho de otra forma, con esta reforma del CP observamos como el legislador aumenta el nivel de exigencia en el compromiso por parte de las empresas en materia fiscal. Por lo tanto, en parte se busca el idealismo norteamericano, que partía del concepto de “buen gobierno corporativo” y que se plasmaba en un aumento reputacional de la empresa, como resultado final.

Después de realizar la primera reforma, un año más tarde el legislador decide realizar una segunda –son numerosas las reformas que se han ido produciendo en el CP–³³. Por esta razón, aludimos al Proyecto de reforma del CP en 2013³⁴. Dicho proyecto es publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales (BOCG 4-10-2013), presentando una serie de novedades³⁵ respecto de la L.O. 5/2010, que son las siguientes:

- Establecimiento de un sistema de prevención en la comisión de delitos (escudo penal, programa de cumplimiento o *compliance*)³⁶.
- Definición y regulación de los requisitos que debe cumplir ese sistema de prevención del delito.
- La inexistencia de escudo penal puede llegar a constituir un delito, siendo responsable a título personal el administrador de la persona jurídica.

³² Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social.

³³ Desde 1995 se han aprobado alrededor de 30 reformas del Código Penal, saliendo un promedio de más de una por año.

³⁴ DÍAZ GÓMEZ, A., «Novedades del Proyecto de Reforma de 2013 del Código Penal sobre la responsabilidad de las personas jurídicas», *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja* (REDUR) 11, diciembre 2013, pp.149-167, <https://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero11/diaz.pdf> [Consulta: 3 de noviembre, 2018].

³⁵ AYALA DE LA TORRE. *Op. cit.*, p.34.

³⁶ AVILA MARIN, A., “*Compliance: el escudo corporativo 2.0*”, <http://ticslaw.es/compliance/> [Consulta: 23 de noviembre, 2018].

- Ampliación del elenco de sujetos penalmente responsables.

Del mismo modo, como dato de interés el proyecto de reforma mantiene la redacción contenida en la L.O. 7/2012, recogiénola en un nuevo artículo 31.quinquies. Pero no solo la nueva redacción recoge esa idea anteriormente instaurada en 2012, sino que añade un apartado segundo con un contenido novedoso:

“En el caso de las Sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, solamente les podrán ser impuestas las penas previstas en las letras a) y g) del número 7 del artículo 33. Esta limitación no será aplicable cuando el Juez o Tribunal aprecie que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir eventual responsabilidad penal.”

Por medio de esta modificación, se pretendía que junto a los partidos políticos y sindicatos –la Exposición de motivos de la L.O. 7/2012, incluye a estos entes en el régimen general de responsabilidad penal–, las sociedades mercantiles de carácter público fueran penalmente responsables por los delitos cometidos en el seno de su organización, dando un paso más en materia de transparencia, fraude fiscal y corrupción. De tal manera que la inclusión de las sociedades mercantiles públicas en el régimen general de responsabilidad es positiva, visto que la doctrina científica lo había demandado. QUINTERO OLIVARES afirma, *“genera una de las más clamorosas puertas abierta a la corrupción y a la impunidad, sin estar en la inaceptable desigualdad de trato respecto de las Sociedades mercantiles públicas”*³⁷.

A pesar de la voluntad del legislador, este proyecto nunca vio la luz, ya que generó rechazo por parte de la doctrina científica, en gran medida por su carácter restrictivo en la reducción de los supuestos de exenciones subjetivas.

Como se mencionó anteriormente *supra*, nuestro legislador es un reformista consagrado y, de ahí, la nueva y –esta vez aprobada no como el

³⁷ QUINTERO OLIVARES, G., «La responsabilidad penal de los partidos como personas jurídicas», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, versión electrónica, nº 859, 2013, p.8.

Proyecto de 2013— aprobada L.O. 1/2015³⁸. La nueva ley ha provocado en España la inclusión de forma directa de lo que podemos denominar “La era *compliance*”³⁹, pero no solo ha generado escepticismo entre la doctrina más conservadora, sino en prácticamente la totalidad de los juristas, ya que aborda una serie de supuestos que posteriormente analizare pormenorizadamente.

Me refiero a los dos aspectos de mayor relevancia de esta nueva reforma, la cual tiene por objeto en primer lugar, y más debatido por la doctrina: la introducción de una eximente para las empresas que adopten las llamadas *corporate compliance* o pautas de actuación destinadas a evitar los posibles delitos que se puedan cometer en el seno interno de una persona jurídica; en segundo lugar, y que ha pasado de puntillas y es de menor interés: la aparente supresión de los administradores de hecho del círculo de sujetos que puedan perjudicar a las personas jurídicas mediante sus actuaciones y, por ende, acarreando una responsabilidad penal para la misma.

Sobre el primer aspecto donde me detendré, será el Preámbulo de la L.O. 1/2015 que dice lo siguiente: *“La reforma lleva a cabo una mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, introducida en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, con la finalidad de delimitar adecuadamente el contenido del (debido control), cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal).*

Con ello se pone fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial⁴⁰, y se asumen ciertas recomendaciones que en ese sentido habían sido realizadas por algunas organizaciones internacionales. En todo caso, el alcance de las obligaciones que conlleva ese

³⁸ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo de 2015 para la modificación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

³⁹ Denominación utilizada por GRIFFITH, SEAN J., en su artículo *«Corporate governance in an era of compliance»*, *William & Law Review*, Vol. 57, p.2079, citado por la Prof.^a RUANO MOCHALES., *«El Compliance Program como mecanismo de organización, prevención y enjuiciamiento»*, *Revista Internacional Transparencia e Integridad (R.I.T.I.)*, nº 3 Enero-Abril 2017, p.2.

⁴⁰ El modelo vicarial es conocido también como el modelo de heteroresponsabilidad o de responsabilidad del hecho ajeno. En este sistema se “transfiere” a la persona jurídica la responsabilidad de las personas naturales que la controlan o actúan en su nombre, de tal manera que aquella debe soportar “sanciones” por los ilícitos que comentan éstas. *Vid.* FRAGA GÓMEZ. *Op. cit.*, p.51.

deber de control se condiciona, de modo general, a las dimensiones de la persona jurídica.”

Así que, una vez llegados a este punto se trata de conocer en qué consiste la redefinición de los cometidos y contenido del debido control al que se refiere la reforma. Por consiguiente, hacer una valoración en el sentido de zanjar de manera definitiva las dudas surgidas sobre el modelo de imputación, o si por el contrario, abre nuevas vías de conflicto por la inclusión de la eximente a las *compliance* y por la supresión de la mención a los administradores de hecho.

El engranaje de esta reforma lo encontramos en la nueva redacción del art.31. bis.1 CP, donde distingue dos supuestos distintos de imputación de responsabilidad sobre las personas jurídicas, el primero por la actuación ilícita de sus representantes y el segundo por el incumplimiento de los deberes de vigilancia.

Así este art.31 bis.1 CP en su actual redacción señala: *“En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:*

- a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.*
- b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas jurídicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso. ”*

Igualmente, y como principal novedad introducida por esta L.O. 1/2015, encontramos la posibilidad de que la persona jurídica pueda no ser sancionada penalmente en caso de la actuación ilícita de sus representantes. El “salvavidas”

que posibilita esta exención es la instauración por parte de las personas jurídicas de un programa de prevención, vigilancia y control.

Asimismo, crean un órgano que asuma la función del control del cumplimiento de este programa de prevención, siempre que tenga capacidad para la toma de decisiones de forma autónoma.

A ello alude el art.31. bis.2 CP:

“Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones:

1.ª el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión;

2.ª la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica;

3.ª los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y;

4.ª no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.ª.”

De igual manera, la reforma operada permite a la persona jurídica que pueda, en caso de incumplimiento de los deberes de vigilancia, quedar exonerada de responsabilidad o cabe la posibilidad del atenuante por la implantación de un programa de *compliance*, así queda establecido a través del art.31 bis. 4 CP:

“Si el delito fuera cometido por las personas jurídicas indicadas en la letra b) del apartado 1, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de

organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.”

En suma, como bien afirma la Profª CUGAT MAURI⁴¹ sobre la reforma de 2015 –y con la que estoy de acuerdo en todas las ideas que plasma en su obra, respecto a los dos aspectos a tener en cuenta de esta reforma– ésta no ha logrado distanciarse del modelo vicarial (mixto), sino que aumentan las dudas que giran en torno a la posible eficacia eximente de las *compliance*, por motivos que, como bien denomina “ontológicos” o estructurales. Para mayor abundamiento, la reforma genera incertidumbre en la doctrina, respecto de los requisitos de las *compliance*, es decir, que lleven a una aplicación mecanizada de las mismas y, que como resultado termine por suplir la necesaria comprobación de las condiciones sustanciales para la imputación de responsabilidades penales en el seno interno de la empresa.

⁴¹ CUGAT MAURI, M., «La reforma de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: El papel del juez ante el peligro de hipertrofia de las *compliance*», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXV, 2015, p.927, www.usc.es/revistas/index.php/epc/article/download/2943/13843-1-PB.pdf [Consulta: 7 de noviembre de 2018].

3.- NORMATIVA ISO 19600-UNE 19601

La *International Organization of Standardization* es la encargada de promover el desarrollo de normas internacionales de fabricación, comercio y comunicación para distintos sectores industriales y comerciales. Cada país tiene una organización dentro de este órgano que le representa y, en el caso de España es la Asociación Española de Normalización⁴². En lo que respecta a la normativa obligatoria para la implantación de un sistema de *compliance*, se debe hacer referencia a las normas ISO 19600⁴³ y Una Norma Española⁴⁴. La primera de ellas fue aprobada en diciembre de 2014 y se define como un estándar internacional que posee un alcance genérico y que fue adoptado en España con la terminología UNE-ISO 19600:2014. En su estructura recoge una serie de recomendaciones para la implantación de sistemas de gestión de *compliance* o CMS (*Compliance management system*), llevándonos a una estructura y procedimientos comunes que permitan adherirse a otros sistemas de *compliance* de carácter específico. La norma ISO sigue unas pautas denominadas de alto nivel (*High Level Structure*, HLS) consistentes en un marco esencial que posibilita la integración de otros modelos de gestión específicos (protección de datos, defensa de la competencia, prevención de riesgos penales, etc.) evitando duplicidades y gastos innecesarios de recurso, ganando en eficacia y eficiencia.

Se trata de un estándar que contiene recomendaciones, guías o directrices que son de aplicación a todas las organizaciones⁴⁵ y, por tanto, no es certificable. En el elenco de estándares de sistemas de gestión podemos encontrar, por un lado, aquellos que contemplan recomendaciones, guías o

⁴² Se ocupa del desarrollo de la normalización en España, siendo el único organismo que se ocupa de esta materia y así se considera por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad. La normativa es elaborada por Comités Técnicos de Normalización (CTM) que son gestionados por los servicios técnicos de la propia UNE y, normalmente, la labor de secretaría es desarrollada por una asociación o federación empresarial. Estos comités están compuestos por vocales, que a su vez representan a toda la cadena de valor del producto o servicio a normalizar y la norma resultante lleva el término UNE, <https://www.une.org> [Consulta: 29 de noviembre, 2018].

⁴³ Norma ISO 19600: 2014, <https://www.iso.org/obp/ui/es/#iso:std:iso:19600:ed-1:v1:en> [Consulta: 29 de noviembre, 2018].

⁴⁴ Norma ISO 19601: 2017, <https://www.iso.org/obp/ui/es/#iso:std:iso:tr:19601:ed-1:v1:en> [Consulta: 29 de noviembre, 2018].

⁴⁵ AYALA DE LA TORRE. *Op. cit.*, p.12. Se pretende aplicar a todo tipo de organizaciones, con independencia de su naturaleza, complejidad, estructura y tamaño.

directrices de carácter genérico, denominados como estándar de sistemas de gestión tipo B y, por otro lado, aquellos que recogen especificaciones o exigencias concretas, conocidos como estándares de sistemas de gestión de tipo A. Así que, esta norma es del tipo B, por lo que no puede emitirse certificación de conformidad. GÓMEZ-JARA DÍEZ⁴⁶ señala que “el hecho de que fuera o no certificable el estándar, generó un debate que finalizó con la decisión de no hacerlo certificable para que las pequeñas y medianas empresas pudieran utilizarlo como guía, pero a su vez, que no contuvieran estrictas exigencias de difícil consecución para aquellas.”

En lo que respecta a la norma UNE 19601:2017, nos encontramos con un estándar sobre sistemas de gestión de *compliance penal* de ámbito estrictamente español y, que sí resulta certificable⁴⁷. La certificación resulta posible porque plasma tanto directrices de carácter obligatorio y voluntario, como especificaciones de necesario cumplimiento que, naturalmente, deberán ser observadas para la emisión de una certificación de conformidad por parte del organismo evaluador anteriormente mencionado.

El objetivo de este texto fue la posibilidad de que fuera implementado a cualquier tipo de organización, con independencia del sector en el que operase y de que tenga o no ánimo de lucro en las actividades que se llevaran a cabo por las empresas. En este aspecto, la aplicabilidad que se da a cada ente concreto deberá modularse con arreglo al principio de proporcionalidad, de tal forma que el encaje de los requisitos que contempla será graduado considerando la propia idiosincrasia del ente y el contexto en que se sitúa⁴⁸.

⁴⁶ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas adaptado a la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal*/BAJO FERNÁNDEZ, M., FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., Civitas Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, p.97.

⁴⁷ Como ejemplo más importante, aludimos a la entidad mercantil Telefónica España, por el hecho de ser la primera empresa del IBEX 35 en implementar este estándar de *compliance* UNE 19601:2017. AENOR fue el organismo evaluador y emitió la certificación de conformidad en el mes de octubre de 2017. Nota de prensa disponible en: http://www.aenor.es/Documentos/Comercial/Archivos/NOTAPREN_Tabla_AEN_13906_1.pdf [Consulta: 29 de noviembre, 2018].

⁴⁸ En cuanto a lo expuesto, la norma de manera textual en su apartado 0. *Introducción la siguiente afirmación: “La presente norma UNE puede aplicarse a organizaciones de todos los tamaños y actividades tanto del sector privado como público, con o sin ánimo de lucro. La exposición a los riesgos penales variará según las circunstancias, como su tamaño, el sector de actividad o las ubicaciones donde operen, así como por la diversidad y complejidad de sus transacciones. Sobre esta base, esta norma UNE define una serie de requisitos a desarrollar de manera proporcional a tales circunstancias para diseñar y evaluar sistema para la prevención, detección y gestión de*

En resumen, las normas ISO 19600 y UNE 19601 son herramientas que ayudarán a las empresas, por un lado, a comprobar si su sistema de gestión de *compliance* está funcionando de manera adecuada y eficaz y, por otro lado, se obtendrá una declaración de verificación, donde se recogerá el alcance, el contenido y el grado de implantación de su sistema de gestión de *compliance*, siendo emitida por una entidad de verificación de tercera parte.

A colación rescato unas palabras de RIVAS⁴⁹ que vislumbrar el “paisaje empresarial” con la implementación de las normas ISO y dice así: “Las organizaciones necesitan adquirir una experiencia rápida y concentrada con el fin de solucionar y prevenir consecuencias indeseadas y dar cuenta de los problemas que la evolución del *Compliance* nos está planteando y, con seguridad, nos va a plantear en el futuro.

Nos encontramos frente a un nuevo reto que las empresas deben afrontar, con decisión, apostando firmemente por una cultura empresarial del cumplimiento que puede reportar importantes ventajas competitivas, intensificar la red de contactos y conocimiento dentro y fuera de las organizaciones, así como prevenir futuras responsabilidades penales.”

riesgos penales adaptados a la realidad de cada organización.”, vid. para profundizar más en la norma ISO 19601 las obra de CASANOVA YSLA, A., “Compliance penal normalizado. El estándar UNE 19601”, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2017.

⁴⁹ OLGA, R., «Sistemas de gestión de Compliance», *Forum Calidad*, Año nº 27, Nº 278, 2016, p.16 <http://www.lrq.es/Images/110186-.pdf> [Consulta: 29 de noviembre, 2018].

4.- ELEMENTOS PREVIOS AL PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO (Exigencias normativas y costumbres corporativas)

Este capítulo analiza aquellos elementos previos que marca la normativa como necesarios para la posterior elaboración de los CPS, tales como los recursos financieros o partida presupuestaria destinada para el implantación de este modelo; los protocolos de formación de la voluntad y acuerdos adoptados; los programas de formación e información en materia *compliance*, para que los empleados (desde los directivos hasta el mensajero) estén debidamente formados y así puedan actuar en caso de riesgo.

Además, se hace hincapié en los elementos no normatizados como el Código Ético, el cual no se encuentra recogido en ninguna normativa como un elemento obligatorio para la instauración de los CPS en las personas jurídicas. Sin embargo, encuentra su “obligatoriedad” en la costumbre corporativa, ya que el Código Ético se toma como punto de partida para posteriormente implantar los CPS en las personas jurídicas.

4.1.- Modelos de gestión de los recursos financieros para implantar un programa de cumplimiento

Uno de los requisitos exigidos por el art.31 bis 5. 3º CP y el punto 8.3 de la Norma UNE 19601, respecto de los programas de cumplimiento penal, es la obligación que tienen las empresas de disponer de los suficientes recursos financieros para la implantación de unos CPS adecuados y sin fisuras. Además, deben disponer de la figura que gestione y supervise el correcto funcionamiento del mismo.

El art.31 bis 5. 3º dice lo siguiente:

Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deban ser prevenidos.

Igualmente, el punto 8.3 de la Norma UNE 19601 establece lo siguiente:

Disponer de recursos financieros, adecuados y suficientes para conseguir los objetivos del modelo.

Para ello, la primera premisa empresarial es destinar una partida económica para la implantación de los CPS y por ende, de todos los elementos anexos como los programas de formación de empleados, la contratación de uno o varios CO y/o CCO (dependiendo de la dimensión de la empresa); los sistemas informáticos, telemáticos o físicos para denunciar acciones ilícitas (canal de denuncias); las revisiones, actualizaciones y monitorizaciones periódicas (sistema de refresco).

Esto en el caso de que la empresa quiera y pueda sostener económicamente el funcionamiento correcto de un *Compliance Program*, ya que otra solución, puede ser la externalización a otra empresa experta⁵⁰ en la creación, gestión y supervisión de programas de cumplimiento penal.

Una vez que la empresa tome la decisión de externalizar o no el *Compliance Program*, el segundo paso a seguir es la aprobación o bien, por la alta dirección (grande empresas o multinacionales), o bien por el propietario de las Pequeñas y Medianas Empresas, de los recursos que van a ser destinados al programa de cumplimiento penal de la empresa.

Asimismo, deberá quedar plasmado en un documento público o privado⁵¹ de manera pormenorizada, los recursos económicos invertidos por la empresa en cada elemento que compone un programa de cumplimiento penal.

⁵⁰ El despacho jurídico KOPERUS BLS S.L., es el encargado de elaborar protocolos de *Compliance* acorde a las necesidades de cada empresa, su sede social la encontramos en Barcelona. Para más información consultar el enlace <https://www.estrelladigital.es/articulo/comunicados/koperus-elabora-protocolos-compliance-acorde-necesidades-cada-empresa/20180529223226347996.html> [Consulta: 18 de diciembre, 2018].

ECIX GROUP, es una consultoría líder en *Compliance*, Ciberderecho y Ciberseguridad. En estos momentos cuanta con más de 500 profesionales en su plantilla dando servicio a 14.000 clientes. Ostenta una brillante trayectoria en los últimos años y, como consecuencia de ello, ha contado con la confianza de clientes de la talla de Coca-Cola, Banco Santander, Ferrovial, *Volkswagen*, Caixa, Seat, Celta de Vigo, Correos, *Air Europa*, *Huawei*, Endesa, *Mapfre* y Gas Natural entre otras. Tiene sus sedes en Madrid, Barcelona, Zaragoza, Las Rozas, Palma de Mallorca, para más información consultar el enlace <https://www.ecixgroup.com/areas-de-actividad/e-ecix/compliance/> [Consulta: 18 de diciembre, 2018].

⁵¹ Para que la formación de la voluntad de la persona jurídica quede plasmada, se debe plasmar en un documento público o privado, dando constancia del compromiso corporativo de la entidad. Del mismo modo, se debe adjuntar los recursos económicos que se hayan invertido para el *Compliance Programs*, detallando el gasto que se ha hecho en cada elemento que lo componen.

4.2.- Establecer protocolos que concentran el proceso de formación de la voluntad de la empresa x y la adopción de acuerdos

La formación de la voluntad es un requisito indispensable y obligatorio que exige la normativa española a aquellas personas jurídicas, que quieren implantar en su organigrama un Programa de cumplimiento penal o *Compliance Program*. Por ende, debemos acudir al CP y a la normativa UNE 19601 –analizada *supra*– para cumplir con los requisitos exigidos por nuestro ordenamiento jurídico y así, iniciar el proceso de formación de la voluntad por parte de las empresas que quieran introducir en su seno interno un *Compliance Program*.

El CP en su artículo 31 bis 5. 2º expresa lo siguiente:

Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1.ª del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos:

Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquellos.

Y la Norma UNE 19601 en su apartado 5.1.1 detalla las funciones atribuidas al órgano de gobierno –de administración según el CP– en lo que respecta a la adopción, implementación y dotación del sistema y con la creación del órgano de *compliance*. Ligado al apartado anteriormente mencionado encontramos el punto dos del respectivo, donde se atribuye al órgano de gobierno la responsabilidad en lo concerniente a su labor de impulso, supervisión e información.

A través de estos procedimientos o protocolos de formación de la voluntad por parte de la persona jurídica, ésta deberá suministrar información de carácter relevante y necesario (funciones que realizan, objetivos, código ético, canal de denuncias, código disciplinario, organigrama interno, riesgos penales y laborales) a las personas que conformen la empresa. Como consecuencia de todo ello, emergen las figuras del CO y CCO que en un apéndice *infra* serán analizadas pormenorizadamente. No obstante, como líneas maestras de estas figuras podemos decir que se ocupan de formar e informar sobre el modelo de organización y gestión que se vaya a implantar en el seno interno de la empresa, asegurándose de que la información suministrada está adaptada a cada uno de

los empleados de los diferentes departamentos que conforman la persona jurídica y de una manera más específica al Consejo de Administración.

Así que, tanto el art.31 bis.5.1.1 y 2 como la Norma UNE 19601, no hacen referencia expresa a la formación como tal, sino, que recoge que en esos modelos se han de establecer los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones, así como el establecimiento de un organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención. Igualmente, a la implantación de un sistema disciplinario que sancione el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.

A modo de resumen, los protocolos⁵² de formación de la voluntad son indispensables y obligatorios para implantar los CPS dentro del organigrama empresarial. A su vez, el proceso de formación lleva consigo el compromiso corporativo de la empresa, es decir, la persona jurídica hará un ejercicio de transparencia en cuanto a la información proporcionada a los miembros que conforman la entidad. De manera que, como consecuencia directa de todo ello, emergen las figuras del CO/CCO que a la postre serán vitales para la posterior gestión de los CPS.

4.3.- Código Ético

El término de cultura empresarial está ligado al concepto de ética⁵³ y por ende, a la elaboración de un Código Ético⁵⁴ como fuente de armonía entre la propia empresa y sus empleados, y para con la sociedad.

⁵² FRAGA GÓMEZ. *Op.cit.*, p.75.

⁵³ MARTÍNEZ PUERTAS, PUJOL CAPILLA. *Op. cit.*, pp.39-41. La ética se define como la parte de la filosofía que estudia el bien y el mal relacionado con el comportamiento humano y con la moral. El Derecho norteamericano fue el primero en implantar un “*effective Compliance program*”, para detectar aquellas conductas “poco limpias” producidas en el seno interno de la empresa. Posteriormente países de la Unión Europea como Francia, Italia, Portugal y Holanda, entre otros instauraron en su sistema normativo los controles de conducta por medio de los Programas de Cumplimiento Penal. En la década de los noventa las grandes empresas españolas empezaron a adoptar su propio código de ética, para mejorar su nivel reputacional. Así, en el año 2002 se publicó en los Estados Unidos de América la “*Sabarnes-Oxley Act*” que detallaba medidas preventivas en materia de cumplimiento que las empresas debían observar.

⁵⁴ PÉREZ CEPEDA, M., «La conducta organizacional ¿Es necesario instaurar el código de conducta organizacional?», *Revista Empresarial*, Vol. 10, Nº 37, 2016, pp. 23-24.

Para la elaboración de los CPS se deben tomar como punto de partida el código ético y éste es el que va a sentar las bases del modelo de organización y gestión empresarial. De esta manera, podemos aseverar que el Código Ético es el origen y razón de ser de los CPS, obteniendo como resultado final un mecanismo de prevención de delitos penales, que dentro de sus imperfecciones, ha minimizado la comisión de delitos por parte de la persona jurídica y de sus empleados, consiguiendo un equilibrio con la sociedad.

Pero, ¿qué es un Código Ético?, pues bien, KAPTEIN lo define como “un documento de política que define las responsabilidades de la empresa hacia sus grupos de interés y/o la conducta que la empresa espera de sus empleados⁵⁵; en otras palabras, el Código Ético es “un instrumento que puede ser utilizado por la empresa para expresar y recopilar el racimo de valores, principios y normas de carácter ético que la organización ha hecho propios”.

Una vez definido el concepto de Código Ético, la siguiente pregunta que nos hacemos es, ¿qué funciones cumple?, para ello, haré un listado de aquellas funciones imprescindibles en cualquier Código Ético empresarial:

- Identificar las metas y roles que la empresa pretende desarrollar en la sociedad.
- Declarar e informar sobre la filosofía de la organización.
- Establecer cuáles son las conductas óptimas, las prohibidas, las de obligado cumplimiento en el seno interno de la empresa, y que sean claras y comprensibles para todos los miembros de la organización.
- Establecer el procedimiento a seguir para la resolución de los posibles conflictos acaecidos en la empresa.
- Llevar a cabo evaluaciones respecto del grado de seguimiento de su contenido y el sistema de sanciones y recompensas.

⁵⁵ AYUSO SIART, S., GAROLERA S., «Códigos éticos de las empresas españolas: ¿Qué compromisos contienen?», *Revista de Responsabilidad Social de la Empresa* (RRSE), nº 11 (Vol. 4 nº2), Mayo-Agosto 2012, Madrid, p.81, https://www.accioncontraelhambre.org/sites/default/files/documents/11_1.pdf (Consulta: 15 de noviembre).

donde extraigo la cita de Kaptein, M., «Business codes of multinational firms: what do they say?», *Journal of Business Ethics*, Vol. 50, Nº. 1, pág.13.

- Sirve como mecanismo de garantía de la buena imagen y reputación corporativa de la empresa.

Llegados a este punto y, tras conocer qué es un Código Ético y qué funciones cumple, surge la tercera pregunta y por ello, no menos importante que las anteriores, ¿qué ventajas supone implantar un Código Ético? En mi opinión, la primera consecuencia de tener un código ético personalizado y eficaz, son una serie de beneficios o ventajas tanto a nivel interno como a nivel externo –*infra* enumeraré—. De igual modo, para llegar a obtener un reporte empresarial, se deben seguir unas pautas en la elaboración del Código Ético, y posterior seguimiento del mismo, esto es, la empresa visualiza las posibles ventajas o beneficios, y para ello, el medio que utiliza es la creación de un código de ética. En suma, puede ser políticamente incorrecta mi opinión, pero entiendo que las empresas no instauran un Código Ético para que todo sea idílico en el seno interno de la empresa y en sus relaciones comerciales con terceros –que en un porcentaje sí lo es, pero escaso– sino que el objetivo principal es la imagen de la empresa, es decir, el caché reputacional. Si una empresa es “modélica” en sus políticas ya sea con el medioambiente, anticorrupción, consumidores y usuarios, etc, obtendrá una mejor publicidad de cara a la sociedad y ésta al verse reflejada con los valores y principios de la empresa comprarán sus servicios, suministro, servicios, etc.

A continuación, detallo un listado de los beneficios que reporta la instauración de un Código Ético tanto a nivel interno como externo:

- **Nivel interno**
 - Conocimiento por parte de la plantilla empresarial (trabajadores, cargos intermedios y directivos) de la metodología de actuación en caso de posibles vulneraciones al Código Ético.
 - Imparcialidad en la actuación de los caros altos de la empresa ante la toma de decisiones, ya que la regulación interna les obliga a seguir un procedimiento concreto.
 - Favorece la igualdad de condiciones y tratamiento entre los miembros de la empresa, fijándose pautas de conducta y

aquellos criterios por los que se debe regir el desempeño profesional.

- Compromiso y fidelidad del capital humano.
- Respuesta ágil y eficaz en caso de conflictos entre diferentes *stakeholders*⁵⁶.
- Creación de una cultura organizacional, que a su vez, favorece el buen ambiente en el trabajo y la sensación de seguridad de los colaboradores.
- Incrementa la rentabilidad de la empresa, al disponer de un personal más cohesionado y motivado.

- **Nivel Externo**

- Minimiza las situaciones de crisis o riesgo de la organización, ya que los conflictos son tratados en primera instancia y de forma interna.
- Aumento de la confianza de los inversores y accionistas.
- Atracción de talento joven y de calidad para la empresa.
- Mejora la reputación e imagen corporativa de la empresa ante la sociedad.
- Fideliza a los consumidores, proveedores y demás grupos de interés.

Retomando el concepto principal del TFM, el código ético en la práctica menciona con relativa frecuencia los derechos fundamentales extraídos de nuestra Constitución Española de 1978⁵⁷, trascendiendo de manera clara sobre este recinto de la ética. De igual forma, el código ético plasma el compromiso de la empresa en asumir principios, valores y directrices respetuosas con la

⁵⁶ FREEMAN, E, R., «Strategic Management: A Stakeholder Approach», *Cambridge University Press*, Edinburgh, marzo 2010, pp.24-27, www.cambridge.org/9780521151740 https://books.google.es/books?id=NpmA_qEiOpkC&printsec=frontcover&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false (Consulta: 16 de noviembre de 2018). Término acuñado por primera vez por Freeman, donde sostenía que estos grupos de interés son un elemento esencial que debe ser tomado en cuenta en la planificación estratégica de los negocios. Así, el éxito o el fracaso de una empresa afecta o concierne no solo a sus dueños, sino también a los trabajadores y a sus familias; a los proveedores, a los competidores, así como a la comunidad donde se inserta, entre otros.

⁵⁷ Constitución Española de 1978 (CE).

legalidad vigente, adecuándose al marco social y transmitiendo transparencia corporativa⁵⁸.

Como he dicho anteriormente –cita de KAPTEIN–, el Código Ético incluye por norma general una declaración de principios, valores y objetivos de la organización, por ello, rescato esta cita que ilustra la idea repetida hasta la saciedad del “buen gobierno corporativo”:

“La redacción de estos códigos recoge la personalidad de la empresa, su proyecto específico, que sirve como carta de presentación en el mercado de la empresa y presenta, en última instancia, un marco de referencia común.”⁵⁹

Para reforzar la idea sobre los valores y principios éticos de la empresa, rescato la siguiente tabla analítica que aportan los autores AYUSO y GAROLERA (2012)⁶⁰, donde se toman como muestra diferentes sectores empresariales y aquellos principios éticos de mayor relevancia.

Tabla 3. Valores y principios de los códigos éticos.

| | Servicios financieros | Construcción | Consultoría | Utilidades y telecom. | Muestra entera | Multinacionales 2002 (Kaptein, 2004) |
|-------------------------|-----------------------|--------------|-------------|-----------------------|----------------|--------------------------------------|
| Responsabilidad | 56% | 44% | 38% | 50% | 55% | 33% |
| Respeto | 44% | 67% | 75% | 50% | 53% | 20% |
| Transparencia | 67% | 56% | 38% | 67% | 52% | 55% |
| Trabajo en equipo | 67% | 33% | 25% | 33% | 43% | 43% |
| Innovación/ creatividad | 44% | 56% | 38% | 50% | 38% | 29% |
| Integridad | 0% | 56% | 0% | 67% | 36% | n/a* |
| Igualdad | 44% | 33% | 50% | 17% | 33% | 12% |
| Confidencialidad | 33% | 33% | 50% | 33% | 29% | n/a* |
| Profesionalidad | 44% | 44% | 25% | 17% | 28% | 14% |

* No es mencionado en el estudio de Kaptein (2004).

⁵⁸ RUANO MOCHALES. *Op. cit.*, p.5.

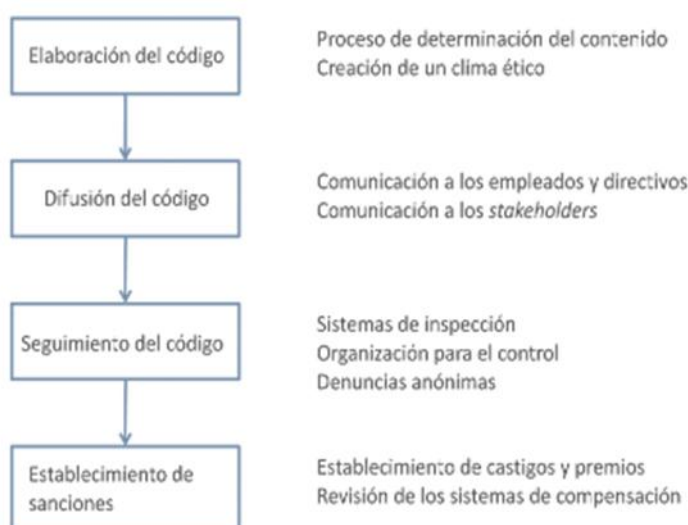
⁵⁹ Diputación Foral de Bizkaia, Departamento de innovación y promoción económica. Códigos Éticos: documentos de identidad social de la empresa, citado por MARTÍNEZ PUERTAS., PUJOL CAPILLA en *Guía para prevenir la responsabilidad penal de la empresa*, p.46.

⁶⁰ AYUSO SIART, S., GAROLERA S. *Op. cit.*, p.90.

Una vez que la empresa toma conciencia ética se requiere como bien argumentan los autores *supra*⁶¹ “un proceso de reflexión ética que incluya la participación de los empleados en la elaboración del código y actividades dirigidas a asegurar la correcta comprensión e interpretación del texto”.

A continuación extraigo un esquema⁶² esclarecedor de las condiciones ineludibles para la eficacia de los códigos éticos.

Figura 1: Condiciones para la eficacia de los códigos éticos



Fuente: De la Cuesta, M. y Valor, C. (2007) Condiciones para la eficacia de los códigos internos de responsabilidad social de la empresa, *Ekonomiaz Revista Vasca de Economía*, Nº 65 2º cuatrimestre, pp. 128-149

En resumen, los Códigos Éticos se han implantado en España, como en la mayoría de los países de la UE en el sector empresarial. Además, el muestreo realizado a una serie de empresas cotizadas españolas –por parte de entidades que se encargan del análisis empresarial– demuestra que los códigos éticos se están implantando en nuestro país, más por obligación que por iniciativa propia.

⁶¹ *Ibid*, p.81.

⁶² AYUSO SIART, S., GAROLERA, S., «Códigos éticos de las empresas españolas: un análisis de su contenido», Documento de trabajo nº 10, julio 2011. Catedra Mango R.S.C. Escola Superior de Comerç Internacional Universitat Pompeu Fabra, p.4. <https://www.compromisorse.com/upload/noticias/004/4026/documento-de-trabajo-10cdigos-ticos.pdf> (Consulta: 15 de noviembre de 2018). Vid. VALOR MARTÍNEZ, C., DE LA CUESTA GONZÁLEZ, M., «Códigos éticos: análisis de la eficacia de su implantación entre las empresas cotizadas», *Innovar: revista de ciencias administrativas y sociales*, Vol. 17, nº 30, julio-diciembre 2007, Madrid, pp.20-23, <http://www.scielo.org.co/pdf/inno/v17n30/v17n30a02.pdf> (Consulta: 15 de noviembre de 2018).

En otras palabras, las empresas en su gran mayoría solamente buscan cumplir con la legislación.

Puede llegar a emerger la idea de la utilización de los Códigos Éticos como instrumentos de control organizacional, es decir, un nuevo recurso en nuestro sistema cultural y, por ende, podemos estar en esas primeras fases iniciales de implantación de los Códigos Éticos.

Por consiguiente, en cuanto al contenido de los Códigos Éticos se debe aseverar que no están siendo utilizados, ni como instrumento de carácter supletorio de control de la conducta de los empleados, ni con la finalidad de crear una comunidad moral. No obstante, analizando los Códigos Éticos cabe la apreciación de que en España, las empresas están utilizando los códigos de tercer nivel, estos es, aquellos que se enfocan al buen gobierno corporativo y a la transparencia, y dejan de lado otros aspectos de su responsabilidad social.

Para finalizar y poner un punto de vista futurible respecto a la evolución de los Códigos Éticos en el marco empresarial en España. Cabe señalar que los estudios realizados atisban una clara tendencia a la implantación masiva – independientemente de si es una multinacional o PyME–, no por el mero hecho de evitar las posibles sanciones penales o por eludir con su implantación el filtro legislativo –que por otra parte es lo que se está haciendo en la actualidad–, sino que, la cultura de la ética corporativa se está expandiendo e impregnando de tal forma en las empresas españolas, que dentro de unos años será una práctica comúnmente aceptada.

4.4.- Programas de formación e información de los empleados y directivos de la empresa en materia de Compliance Programs y ética

La formación⁶³ e información es uno de los pilares fundamentales en materia de *compliance*, ya que son elementos imprescindibles para dar a conocer a todos los empleados⁶⁴ de la empresa los modelos de organización y gestión de riesgos penales que se pudieran producir en la misma. Del mismo modo, la importancia de la formación en los modelos de organización y gestión

⁶³ Asociación Española de *Compliance*. *Op. cit.*, pp.30-31.

⁶⁴ Cuando hacemos referencia al término empleados, aglutinamos a todo el personal que compone la empresa, desde el presidente hasta el mensajero.

queda plasmada en la Ley 10/2010⁶⁵, que en su art.29, bajo la denominación “Formación de Empleados” dispone lo siguiente:

“Los sujetos obligados adoptarán las medidas oportunas para que sus empleados tengan conocimiento de las exigencias derivadas de esta Ley”.

Asimismo, la Norma UNE-ISO 19600: 2015 dedica un apartado a la formación y al objetivo de los programas de formación, aseverando que debe “asegurar que todos los empleados son competentes para cumplir con su rol profesional de forma consciente con la cultura del *compliance* de la organización y con el compromiso que tiene con el *compliance*”. La norma internacional recoge de manera pormenorizada, cómo debe de ser la formación de los empleados en su art.7.2.2. apartados a) y g)⁶⁶. Según los citados preceptos, la formación e información que se les debe precisar a los empleados requiere que esté hecha a medida; ser prácticas y fácilmente comprensibles; relevantes para el trabajo diario del empleado y flexibles; evaluadas por su eficacia; y, para concluir, ser actualizadas, registradas y conservadas.

Posteriormente, encontramos la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado⁶⁷ (más adelante FGE), donde hace mención a la importancia de la formación de directivos y empleados en los modelos de organización y gestión, estableciendo lo siguiente:

“Resultarán tanto más eficaces cuanto mayor sea su nivel de externalización, como ocurre por ejemplo con la formación de directivos y empleados”.

Los programas formativos tienen una doble función didáctica, por una parte, enseña a los empleados las pautas correctas que deben seguir en cada actividad que tengan asignada y, todo ello de acuerdo con el código ético. Por otra parte, les hace tomar conciencia de la importancia que tienen sus conductas para el buen funcionamiento de la empresa.

⁶⁵ Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención de blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.

⁶⁶ LEMA, A., «La formación en los programas de *compliance*: formación vs. información», <http://www.worldcomplianceassociation.com/1322/articulo-la-formacion-en-los-programas-de-compliance-formacion-vs-informacion.html> [Consulta: 13 de diciembre, 2018].

⁶⁷ Circular 1/2016, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015, p.48.

El objetivo de los programas formativos es conseguir que todos los miembros de la empresa tomen conciencia e interioricen la normativa interna – ya sea un código ético o de conducta–, y así, lograr una implantación exitosa.

La metodología formativa es una de las cuestiones de mayor controversia entre los autores, unos abogan por la formación meramente presencial y otros por la formación *online* y, dentro de ésta la externalización de la misma. En cuanto a la formación presencial, directa y dinámica, MARTÍNEZ PUERTAS y PUJOL CAPILLA⁶⁸, afirman que ninguna empresa podrá establecer un sistema formativo que quede alejado de nuestro control y seguimiento. Para ello recomiendan a las empresas establecer jornadas, seminarios, charlas, cursos, etc, discerniendo los distintos sectores que integran la empresa y personalizándolos.

Además, los autores refuerzan su teoría con datos irrefutables, aluden a la experiencia de otros países de la U.E. –en España somos noveles en CPS– donde la metodología formativa se basa en la simulación de hechos reales y una vez expuestos, los empleados deben responder detallando cómo actuarían en las diferentes situaciones planteadas en su puesto de trabajo. Luego, el formador ofrece la solución más correcta e idónea, informando a su vez, la sanción disciplinaria, o medida a adoptar, ajustándose a la normativa aplicable⁶⁹.

De igual modo, la formación debe ser diseñada por expertos en la materia y con la colaboración de los responsables de la empresa. En este punto cabe resaltar la importancia que le dan los autores a la elección de los formadores, los cuales deben aunar los conocimientos precisos en la materia y la capacidad de poder explicarlos de una forma comprensible, clara y sencilla, para que los empleados interioricen los conceptos con mayor celeridad y queden asentados en su fuero interno.

La importancia de los formadores es tal que en numerosas empresas han implantado el concepto de formador de formadores (*train the trainer*)⁷⁰, en el seno interno de la propia organización. De esta manera, no se acude a la externalización completa, solo para algunas precisiones profesionales. Además,

⁶⁸ MARTÍNEZ PUERTAS., PUJOL CAPILLA. *Op. cit.*, p.71.

⁶⁹ *Ibid*, p.75.

⁷⁰ *Ibid*, p.77.

el seguimiento de los cursos debe llevarse a cabo por la propia empresa y por el personal de la misma. El proceso formativo se resume de esta manera tan sencilla, el CO forma a los directivos y éstos, de forma directa despliegan la formación que han recibido sobre los empleados a su cargo, y éstos hacen la misma operación sobre el personal que tengan por debajo. En suma, esta formación es piramidal descendente, es decir, formamos una cadena interna para que todo el personal de la empresa reciba la formación en *compliance*.

No obstante, no comparto la metodología empleada por las grandes empresas, entiendo que la figura del CO debe ser el encargado de formar a todos los empleados, ya que si formas solamente a una parte –en este caso la alta dirección–, los conceptos asimilados por éstos siempre serán menores que la de un verdadero experto en la materia. Por lo tanto, cada rango inferior que descendamos en la jerarquía de la empresa, más deficiente será la formación e información que les llegue. Como resultado obtendremos una plantilla desinformada y/o carente de recursos para afrontar las ilicitudes que alberguen sus puestos de trabajo, y menos aún para la resolución de los mismos.

Como bien he mencionado *supra* estos autores (MARTÍNEZ PUERTAS y PUJOL CAPILLA) defienden la formación presencial y desdeñan la formación *online*, porque la consideran alejada del dinamismo y sinergias positivas formadas entre los empleados y el formador, es decir, se rompe el *feedback*.

En el extremo opuesto encontramos a ALGABA GARRIDO⁷¹, defensora de la formación *online*, no obstante, debemos puntualizar que su planteamiento no es inmovilista, sino todo lo contrario, ya que tiene como base la metodología *training online*⁷² a la que aúna dosis prácticas, y así aglutina una formación completa. Podemos decir que su idea formativa es el resultado de una mutación entre las ventajas *online* y las presenciales.

Como bien he mencionado *supra*, la metodología *training online* reporta una serie de beneficios a tener en cuenta por la empresa, como por ejemplo, el

⁷¹ ALGABA GARRIDO, E., «Formación: La base de una cultura empresarial de cumplimiento», *Revista Internacional Transparencia e Integridad* (R.I.T.I.), nº 1 Mayo-Agosto 2016, pp.2-3.

⁷² Metodología utilizada por las grandes empresas y multinacionales para formar a sus empleados en las distintas áreas en las que se divide la empresa. En la actualidad la formación *online* empieza a utilizarse también en las PyMES, las cuales al tener menos músculo financiero, no pueden acometer la formación presencial, ya que ésta es más costosa, tanto en su impartición inicial como en los posteriores ciclos de reciclaje.

bajo coste que presenta y la flexibilidad en su impartición. Además, la formación a distancia permite un mayor alcance de personal para formarse, siendo uno de sus puntos fuertes frente a la formación presencial, que tiene como hándicap la impartición reducida. Como afirman MARTÍNEZ PUERTAS y PUJOL CAPILLA⁷³, la cifra idónea para que el formador pueda transmitir sus conocimientos al personal, debe ser de un máximo de catorce personas.

Otra de las ventajas que presenta la formación *online* es el seguimiento periódico⁷⁴ que se realiza, con nuevos cursos adaptados a las modificaciones legislativas referentes a la materia *compliance* y, que la formación presencial deja de lado. Recientes estudios muestran que después del primer curso, seminario o ciclo, los empleados no vuelven a ser formados en su gran mayoría. No obstante, estos estudios manifiestan un atisbo de luz sobre la impartición de la formación en general (presencial y/o *training online*), ya que los empleados que han participado en formación ética y *compliance*, interiorizan una percepción e imagen mejor de la empresa⁷⁵.

Como ejemplos, Telefónica⁷⁶ y el Grupo BBVA⁷⁷, en su Informe Anual e Informe de Banca Responsable de 2014 respectivamente, abogan por la impartición obligatoria de un plan formativo *online* y con carácter supletorio acciones presenciales para reforzar los conceptos asimilados, mediante la impartición de los cursos formativos.

⁷³ MARTÍNEZ PUERTAS., PUJOL CAPILLA. *Op. cit.*, p.72.

⁷⁴ BERGES ANGÓS, I., «La formación es la clave del éxito de los programas de *compliance*», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 923, 2016, p.1.

⁷⁵ SUDEROW, J., «Formación en Compliance», *Aranzadi digital*, nº 1, 2017, p.1.

⁷⁶ Informe Anual 2014 Telefónica. *Ethics and compliance*, <https://www.fundaciontelefonica.com/conocenos/informe-anual/> [Consulta: 14 de diciembre, 2018]. Este informe se basa en la formación *online* obligatoria, centrándose en principios como la honestidad, confianza, integridad que deben ser cumplidos por parte de los empleados, proveedores y directivos de la empresa. La formación fue dividida en tres idiomas (inglés, español y portugués), la composición estaba formada por cinco módulos de 25 minutos cada uno. En posteriores informes (2015, 2016, 2017 y 2018) se han ido asentando las bases de la formación *online* con un mayor grado de satisfacción por parte de la empresa, ya que las previsiones de 2014 y 2015 se han cumplido en materia formativa (70-90% de empleados han sido formados).

⁷⁷ Informe de Banca Responsable 2014 BBVA, <https://www.bancaresponsable.com/ibr/informe-de-banca-responsable-2014/> [Consulta: 14 de diciembre, 2018]. Este informe obliga a la impartición de cursos *online* y posteriores acciones de reciclaje y refuerzo de carácter presencial. Las materias a tratar son respecto a su Código de Conducta, que será de aplicación a todos los empleados y directivos de la empresa.

Sin embargo, en España las PyMES suponen el 99% del tejido empresarial español⁷⁸, por lo que es más complejo implantar la cultura del cumplimiento ya sea *online* o presencial, por la sencilla razón de que el coste⁷⁹ genérico de un programa de cumplimiento descuadra el ejercicio financiero de las PyMES y resulta cuasi imposible soportarlo. A pesar de la costosa implantación, el legislador ha discernido entre las grandes empresas y las PyMES y autónomos, estableciendo que las características que deben contener los modelos de organización y control sean estrictamente proporcionales a la dimensión de la empresa.

A mayor abundamiento, atisbo que las PyMES a medida que el proceso de interiorización de la cultura del cumplimiento vaya calando en el tejido empresarial de las grandes empresas, éstas de forma paulatina irán integrando este concepto corporativo aunque sea en principio por una finalidad meramente económica.

En definitiva, tanto la formación presencial como la formación *online* contienen ventajas e inconvenientes, que unidas resultan la formación completa para los empleados en materia de *compliance*. Como bien he expresado *supra*, definiendo la unión de ambas formaciones porque aprovechamos las ventajas de cada una y la formación de los empleados será más completa. Sin embargo, entiendo que el este modelo no se puede implantar en todas las empresas, por ello, en las PyMES sí veo aconsejable la externalización o bien la formación *online*, simplemente por el coste económico.

No obstante, las grandes empresas deben formar a sus empleados en la medida de lo posible de manera presencial y, posteriormente aprovechar la formación *online* para examinar a los empleados a través de formularios tipo test, que demuestren si asimilaron la materia impartida en los cursos, seminarios, charlas, etc; en resumidas cuentas, el *training online* lo englobaría más en formación de refresco o reciclaje.

⁷⁸ Informe Cifras PYME febrero 2017. Ministerio de Industria, Energía y Turismo, <http://www.ipyme.org/Publicaciones/Cifras-PYME-febrero-2017.pdf> [Consulta: 14 de diciembre, 2018].

⁷⁹ LORENZO CAMPOS, P., «La implantación en las PyMES de los programas de prevención penal en el momento actual», Diario La Ley, nº 9238, Sección Tribuna, 13 de julio de 2018, Editorial Wolters Kluwer, p.2.

5.- ELEMENTOS QUE COMPONEN LA ESTRUCTURA DEL COMPLIANCE PROGRAM

Este capítulo analiza de manera pormenorizada todos y cada uno de los elementos que componen la estructura básica de un *Compliance Program*, teniendo en cuenta las directrices marcadas en el Código Penal.

En primer lugar, centro el estudio en el objeto, ámbito de aplicación y metodología aconsejable para elaborar un *Compliance Program* con las mayores garantías posibles. Uno de los apéndices de mayor relevancia del capítulo es el desarrollo teórico y práctico del mapa de riesgos, como mecanismo principal de los CPS, en otras palabras, es el engranaje que hace funcionar el modelo de cumplimiento.

De igual forma, he profundizado en el estudio analítico de las figuras del *Compliance Officer* y *Chief Compliance Officer* como baluartes del cumplimiento de los CPS. Así como, la gestión eficaz del canal de denuncias que es el elemento de mayor aporte informativo que existe para la prevención de riesgos.

Por último, trazo unas líneas generales sobre las revisiones y actualizaciones periódicas que requieren los CPS, según la obligatoriedad que impone el marco normativo.

5.1.- Introducción del objeto del Plan de Prevención de Riesgos Penales

El Plan de Prevención de Riesgos Penales tiene como finalidad el reforzamiento de la cultura corporativa de cumplimiento a través de los mecanismos implantados en el seno interno de la empresa.

La misión principal es la prevención de posibles delitos penales cometidos por la empresa, directivos o empleados de la misma. Además de identificar las normas, procedimientos y herramientas que tiene establecidos para evitar el incumplimiento normativo legal.

De esta forma, este plan funciona como mecanismo capaz de ayudar a los empleados y miembros de la empresa en cuanto a la prevención de delitos.

Igualmente, les proporcionará la posibilidad de identificar conductas y procedimientos punibles penalmente, tanto propios como de terceros.

Del mismo modo, a través de este plan las empresas o entidades se comprometen a formalizar su voluntad respecto a las acciones a emprender ante una situación de riesgo penal, de manera que se garantice la defensa de sus intereses teniendo en consideración la normativa legal y su situación procesal.

A mayor abundamiento, el objeto de este plan exige la implementación de un canal óptimo y capaz de resolver y tramitar todas las situaciones en que los miembros de la empresa puedan apreciar cualquier violación real de la normativa vigente.

Asimismo, se incorpora a las empresas o entidades las funciones de gestión y prevención de riesgos penales que le pudieran afectar de acuerdo a su actividad y sector, en relación con la responsabilidad penal de las personas jurídicas introducida en el CP.

5.2.- *Ámbito de aplicación*

El ámbito de aplicación del Plan de Prevención de Riesgos Penales afecta a la totalidad de la empresa. La observancia y aplicación del mismo será de carácter imperativo tanto para los empleados como para los directivos de la persona jurídica. De igual manera, se verán afectados por el plan aquellos empleados o personas jurídicas que realicen actividades comerciales para las empresas o entidades ligadas por vínculo mercantil.

Igualmente, les será de aplicación a aquellas personas o empresas encargadas de gestionar, controlar y supervisar el plan, tanto si son personal interno como externo.

5.3.- *Metodología practicada para la elaboración del Plan de Prevención de Riesgos Penales*

Para la realización de un modelo de organización y prevención de riesgos penal se debe seguir un método personalizado; no obstante, éste es un caso

práctico de carácter general, y por ende, asignaremos pautas que sean válidas para cualquier entidad.

En primer término, se debe analizar el funcionamiento normal y habitual de la entidad, esto es, las conductas habituales, los procedimientos establecidos para la realización de su actividad diaria y los protocolos seguidos en cumplimiento de su normativa interna y de las normas legalmente previstas en los distintos campos que afectan a la entidad.

De esta manera, se puede definir y concretar, entre otros, los procesos existentes en el modelo productivo de cualquier empresa.

Una vez definidos los procesos existentes, se debe proceder a la identificación de los posibles riesgos penales que puedan darse en la persona jurídica y clasificarlos en función de impacto y probabilidad. El resultado es un mapa de riesgos adaptado a la singularidad de cada empresa.

Otra de las tareas de vital importancia es la recopilación de información relativa a la responsabilidad corporativa asumida por la empresa, así como, la establecida en el plan de riesgos laborales, el plan de igualdad, el manual integrado de la corporación, las certificaciones ISO, etc.

De igual forma, en todo plan de prevención de riesgos penales se debe establecer un canal de denuncias, sirviendo como vía de comunicación para permitir a los empleados poner en conocimiento de la persona jurídica las posibles vulneraciones penales que se hayan podido cometer en el seno interno de la misma. Igualmente, para el control de este instrumento se ha dotado a la entidad de un órgano de control y supervisión, que a su vez, realizará las tareas de instrucción, clasificación, archivo y trámite de las denuncias o comunicaciones recibidas.

En último lugar, se prevén por ley los mecanismos de supervisión y actualización del modelo, ya que debe estar siempre condicionado a un momento puntual en la evolución de la sociedad y adaptarse a los cambios y necesidades.

5.4.- Mapa de riesgos

La permanente evolución de un entorno cada vez más globalizado y sofisticado, crea nuevos riesgos para las empresas, provocando en éstas una mayor identificación y evaluación de los mismos.

En el contexto que nos encontramos actualmente, las empresas deben establecer los mecanismos apropiados para identificar las indeterminaciones que afecten tanto a sus actividades como a sus procesos. Llevar a cabo el análisis de los controles existentes, para minimizar las posibilidades de que un riesgo potencial se materialice en el seno interno de la empresa. Asimismo, deberán adoptar las medidas que estimen oportunas, para reducir el riesgo en aquellas áreas que sobrepasen el límite tolerable por la empresa⁸⁰.

Podemos entender el riesgo como un elemento consustancial a la propia actividad de la empresa y, además, está presente en cualquier tipo de actividad empresarial, manifestándose de diferentes formas⁸¹. En la mayoría de los casos es difícil establecer mecanismos para erradicar por completo cualquier tipo de riesgo, así que, es de suma importancia desarrollar una gestión adecuada y eficaz.

Resulta que, si el entorno socioeconómico y social ha llevado consigo la evolución de los riesgos empresariales, de forma indirecta han generado una serie de mecanismos que posibilitan la reducción de los mismos. Pues bien, estos mecanismos tiene nombre y apellidos; los mapas de riesgos⁸², que son una metodología de gestión de riesgos cuyo principal objetivo es hacer una revisión y diagnóstico del sistema de control interno existente en la empresa, mediante la identificación de los principales riesgos a los que están expuestas las actividades realizadas, los controles existentes para mitigarlos y que a través de su análisis y valoración, fija su importancia relativa y su probabilidad de

⁸⁰ RODRÍGUEZ LÓPEZ, M., ARRANZ ALAMO, J.P., «El mapa de riesgos: una herramienta para la identificación y gestión de riesgos», *Revista de la Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas (AECA)*, Nº 77, 2006, p.32.

⁸¹ RODRÍGUEZ LÓPEZ, M., PIÑEIRO-SÁNCHEZ, C., DE LLANO MONELOS, P., «Mapa de riesgos: identificación y gestión de Riesgos», *Atlantic Review of Economics: Revista Atlántica de Economía*, Vol.2, Nº 1, 2013, p.1.

⁸² Vid. GALLEGO DE NOVA, A., «La Ley amplía el mapa de riesgos», *Red de seguridad: revista especializada en seguridad informática, protección de datos y comunicaciones*, Nº 51, 2011. Se plantean en este artículo cómo afectarán las novedades legislativas a las personas jurídicas y a sus empleados. Además, se trata el tema del *hacking* ético y las novedades respecto de los delitos informáticos.

ocurrencia, apoyando un continuo ejercicio de mejora de los procesos y de la gestión de los riesgos⁸³.

Acudimos al art.31 bis 5 del CP que nos dice lo siguiente:

1.º Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.

Podemos observar cómo el CP no hace referencia al concepto de mapa de riesgos, aunque es obvio que extrayendo la esencia del apartado sí podemos afirmar que la referencia es sobre este elemento de los CPS.

Una vez sabido lo que es un mapa de riesgos y la finalidad que persigue, me centraré en el objetivo principal y los diferentes elementos que lo componen.

El objetivo del mapa de riesgos es hacer un diagnóstico del sistema de control interno de la empresa, a través del proceso de identificación, análisis y evaluación de los riesgos. En esta última fase, entraría en juego la identificación y análisis de los controles preexistentes.

Para la elaboración y desarrollo de un mapa de riesgos⁸⁴, debemos en primer lugar, precisar cuáles son los elementos necesarios⁸⁵, que en términos generales son los que comento a continuación⁸⁶:

- Establecer el alcance del trabajo⁸⁷: en este apartado se trata de identificar el ámbito en el que se va a desarrollar el posterior análisis. Se hará una previa clasificación dividida por áreas de la entidad y por la tipología de los riesgos presentes en las actividades que se desarrollen en la misma.

⁸³ RODRÍGUEZ LÓPEZ., ARRANZ ALAMO. *Op. cit.*, p.32.

⁸⁴ *Vid.* AGUILERA GORDILLO. *Op. cit.*, pp.261-281. En este extracto de la tesis de AGUILERA GORDILLO, podemos encontrar las fases que componen un mapa de riesgos, detalladas de manera pormenorizada. Del mismo modo, encontraremos tablas prácticas y grafismos que analizan un supuesto práctico general, de cómo elaborar y desarrollar un mapa de riesgos.

⁸⁵ RODRÍGUEZ LÓPEZ, *et. al.* pp.9-23.

⁸⁶ *Ibid*, p.33.

⁸⁷ Lo primero que debemos hacer es definir las áreas y tipologías de riesgo sobre las que vamos a realizar el pertinente análisis. Cada entidad tiene su propia estructura organizativa, por ende, el análisis debe ir vinculado sobre la misma. Igualmente, para diseñar el modelo de evaluación de los riesgos se puede segregar la entidad en áreas de riesgo, teniendo en cuenta el organigrama de la entidad.

- Identificar los riesgos⁸⁸: se debe realizar en el sentido más amplio, para tener un mayor análisis⁸⁹ de los posibles riesgos que se pudieran dar en la entidad.
- Evaluar los riesgos⁹⁰: una vez que identifiquemos los riesgos potenciales, debemos hacer un ejercicio de valoración según su relevancia. Esta valoración se realiza tomando los términos de importancia y frecuencia de los riesgos potenciales.

Gestionar los riesgos (Seguimiento y Control)⁹¹: después de identificar y evaluar los riesgos, es preciso establecer planes correctores sobre los más relevantes.

Una vez enumerado los elementos o fases que componen un mapa de riesgos, elaboraré un caso práctico generalista aplicando la teoría explicada –sin centrarme en una entidad concreta y que sirva como boceto para estudios posteriores–. El caso práctico se encuentra en el Anexo II.

5.5.- Órgano de control y de decisión (*Compliance Officer y Chief Compliance Officer*)

La influencia de los usos empresariales del mundo anglosajón en el resto de países cada vez es mayor –España de forma paulatina va acogiendo de

⁸⁸ La identificación de los riesgos a los que están expuestas cada una de las actividades de la empresa se puede realizar mediante un proceso de auto-evaluación, completado con entrevistas en detalle con expertos de las distintas áreas. Cada área objeto de análisis deberá realizarse un trabajo de investigación previo para recabar información sobre las actividades que realizan los empleados y sus principales riesgos. Con la información recogida se podrá elaborar un cuestionario preliminar con la relación de los posibles factores de riesgo que les afectan.

⁸⁹ AGUILERA GORDILLO. *Op. cit.*, p.265. Para el análisis de los riesgos se utilizan matrices o coordenadas cartesianas, ya que facilitan la comprensión de los riesgos y traducen la realidad de las contingencias en datos. La clásica matriz probabilidad/ impacto es un instrumento analítico que facilita la comprensión respecto al alcance del riesgo existente en un momento concreto, ya que revela los posibles riesgos y la intensidad o efectos de los mismos, ayudando a establecer prioridades y mecanismos de control organizativo.

⁹⁰ Debemos establecer una metodología para evaluar los riesgos de la entidad, tomando como variables la importancia y probabilidad. Asimismo, los riesgos se clasifican en dos vertientes, riesgo inherente (riesgo intrínseco de la actividad que se analiza sin considerar la existencia de los controles existentes); riesgo residual (riesgo en el que realmente está incurriendo la entidad en una actividad y momento concreto teniendo en cuenta el efecto de los controles establecidos para la reducción del riesgo identificado).

⁹¹ El objetivo final es establecer un sistema de mejora continua y actualización del *Compliance Programs*. El estándar de actualización ordinario es de carácter anual, aunque se pueden realizar modificaciones y actualizaciones de manera extraordinaria cuando las circunstancias lo aconsejen (impacto socioeconómico, modificaciones legislativas, ineficacia del *Compliance Programs*, etc).

mayor agrado los anglicismos—. Como bien he explicado *supra* partimos del concepto *compliance*, éste es el punto neurálgico que a partir de él, hace posible que emerjan otros conceptos tan importantes, como las figuras encargadas de la creación, gestión, control y prevención de los CPS, que no es otra que el CO o CCO.

Los cometidos que lleva aparejada esta nueva figura giran en torno a una idea central: crear un entorno de cumplimiento en la empresa y que se dificulten la comisión de conductas ilícitas o delictivas.

A causa de la introducción de estos conceptos anglosajones, las grandes y medianas empresas españolas⁹² se han visto en la tesitura de crear programas de cumplimiento penal –para prevenir posibles delitos y las posteriores sanciones económicas—. Y a su vez, al nombramiento de un responsable que los gestione, controle y actualice ante las reformas legislativas.

Podemos encontrar los primeros vestigios de esta figura en nuestro ordenamiento a través de regulaciones sectoriales⁹³:

- Art.28 del RD 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, regulando los deberes relativos a la prevención de conductas ilícitas bajo el epígrafe “Función de cumplimiento normativo”, e impone a dichas empresas el deber de nombrar un “responsable de cumplimiento” y un “unidad” u organismo colectivo que garantice el desarrollo de la función de cumplimiento.
- Art.26 de la Ley 10/2010 de Prevención de blanqueo de capitales, donde se atribuyen funciones preventivas al “órgano de control interno” de la empresa y menciona también el cargo del “responsable ante el SEP-BLAC”.

⁹² HERNÁNDEZ SÁNCHEZ, F.E., IZQUIERDO GARCÍA, F, VEGAS AGUILAR, J.C., «La figura del *Compliance Officers* y los Programas de prevención de riesgos penales», Diario La Ley, Nº 8689, 26 de Enero de 2016, Ref. D-41, *Editorial LA LEY*, p.3. Es cierto que la mayoría de las empresas de España, dado su volumen de negocio, no precisarán de un *Corporate Compliance*, ni siquiera de un específico *Chief Corporate Officer*, y tan sólo necesitarán la creación de un Programa de Prevención de delitos que, normativamente ha sido definido en sus líneas generales en el vigente art. 31 bis del Código Penal, y como podemos apreciar, la forma y semejanza estructural del modelo *Corporate Compliance* que estamos definiendo.

⁹³ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. *Op.cit.*, p.166.

No obstante, han sido los cambios de reciente regulación los que han impulsado la figura del CO no de forma expresa, pero de alguna manera sí tácitamente. Refiriéndome como no, a la L.O. 5/2010, donde se introdujo por primera vez la responsabilidad penal de las personas jurídicas y que en capítulos anteriores de esta obra, ya he descrito detalladamente. Posteriormente con la L.O. 1/2015, se volvió a dar un giro de ciento ochenta grados a la situación, gracias a la introducción de los CPS y por ende, como éstos debían ser implementados y supervisados por el CCO o CO, es ahí cuando emergen de manera tibia estas figuras.

Sin embargo, no encontraremos en el CP mención expresa respecto de esta figura del CO. El CP emplea términos genéricos, así que, la nueva redacción del art.31 bis, regulador de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, alude en su apartada 1.º al *deber de control*, obligando a las personas jurídicas a prevenir las posibles comisiones de delitos por parte de sus empleados. Además, hace mención en su punto 4 a las “medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos”. En suma, el ordenamiento español no posee una definición expresa del CO y, como consecuencia de ello, el vacío legal⁹⁴ es existente tanto en materia penal como laboral.

A pesar de ello, la Circular 1/2016 FGE, atisba algún claro entre tanto “nubarrón normativo”, afirmando que el oficial de cumplimiento o CO “debe necesariamente ser un órgano de la persona jurídica, lo que facilitaría el contacto diario con el funcionamiento de la propia corporación”.

De igual forma, la Circular recoge en su articulado que “este órgano debe desempeñar por sí todas las tareas que configuran la función de cumplimiento normativo, que puedan ser realizadas por otros órganos o unidades distintos al específico de cumplimiento normativo, como por ejemplo, la unidad de riesgos, la unidad de control interno, el servicio de prevención de riesgos laborales o el de prevención de blanqueo de capitales”.

⁹⁴ MERCADER UGUINA, J.R., «El régimen laboral del *Compliance Officer*: un camino por andar Trabajo y Derecho», Nº 38, Febrero 2018, *Editorial WOLTERS KLUWER*, p.3. En este artículo podemos encontrar el vacío normativo existente en nuestro ordenamiento jurídico respecto de la figura del *compliance officer*, Además, el autor aborda la débil posición laboral de los *compliance officer* en nuestro país.

Una vez sentadas las bases cronológicas en materia legislativa respecto de la figura del CCO o CO en España –con las vicisitudes que suscita su figura– NIETO MARTÍN afirma que los programas de cumplimiento penal, en cierta manera, crean una nueva casta de *gatekeepers*⁹⁵ internos, esto es, los CO. No obstante, hay diferencias entre ambas figuras, los *gatekeepers* externos son independientes y están sometidos a la dirección empresarial, en cuanto a los CO son en cierto modo delegados de esa dirección.

Como señala en su obra, la búsqueda de independencia y externalización de funciones por parte de los CO debe ser la idea futurista a implantar legislativamente en España. Igualmente, me parece interesante su punto de vista, a la hora de fijar el deber de garantía del vigilante, donde distingue por un lado, a los “perros de presa” (supervisión activa) y a los “perros guardianes” (supervisión pasiva)⁹⁶. En la práctica los CO ejercen funciones de supervisión pasiva y, rara vez actúan como “perros de presa”.

Después de las consideraciones de NIETO MARTÍN –las cuales he querido plasmar en este TFM, para encontrar el “*homo sapiens*” de los CO y así tener una referencia en forma de figura que nos haga más sencilla la comprensión– me sumerjo en la figura del CCO y CO, partiendo de una serie de definiciones por parte de la doctrina:

MARTÍNEZ PUERTAS y PUJOL CAPILLA⁹⁷ entienden que “la figura del CCO es la persona que va a estar al frente de los programas que intentan evitar la comisión de estos delitos y de otras conductas irregulares, contrarias a los principios del *Compliance*”.

DE LA MATA BARRANCO⁹⁸ globaliza su definición, sirviendo tanto para la figura del CCO como para la CO: “órgano que controle y denuncie los comportamientos irregulares dentro de la empresa y a quien puedan acudir los miembros de la organización que tengan dudas respecto a actividades cuestionables o que sean conscientes de comportamientos irregulares” y “será quien vele por el cumplimiento de la política preventiva empresarial, en toda su

⁹⁵ NIETO MARTÍN, A. *Op.cit.*, p.27.

⁹⁶ *Idid*, p.28.

⁹⁷ MARTÍNEZ PUERTAS, L, PUJOL CAPILLA, P. *Op.cit.*, p.105.

⁹⁸ DE LA MATA BARRANCO, N.J., *Responsabilidad Penal y Procesal de las Personas Jurídicas*, Francis Lefebvre, Madrid, 2015, p.96.

dimensión, tratando de que se cumpla lo que preceptúa el *Compliance Program* y de que se canalicen correctamente los incumplimientos, tanto para conocerlos, como para reportarlos a la Dirección”.

MONTANER FERNÁNDEZ⁹⁹ apunta que desde la doctrina penalista se entiende que es “el alto responsable en materia de cumplimiento” y hacen referencia que la vocación del CO va más allá de la mera ejecución de las tareas de prevención.

Una vez expuestas estas dos figuras jurídicas, quiero pararme aquí, y poder resaltar las diferencias entre ambas, para posteriormente enumerar las funciones que llevan aparejadas, ya que son dos figuras que pueden llegar a confundirse.

En primer lugar, el CO es un órgano unipersonal igual que el CCO, sin embargo, éste último es el director de departamento de cumplimiento¹⁰⁰, en otras palabras, es el encargado de coordinar y dar el visto bueno a todas las tareas que realicen los CO bajo su mando. Esta estructura no la vamos a encontrar en las PyMES ya que no pueden gestionar con garantías económicas tantos recursos materiales y humanos en prevención de delitos penales.

Así que, optarán por la figura de un CO que se encargará de todas las tareas, sin poder de delegación, salvo que les sea más económico que la gestión la lleven empresas o abogados externos –recomendación del Consejo General de la Abogacía Española emitiendo un informe, que es apoyado por la FGE–¹⁰¹.

⁹⁹ MONTANER FERNÁNDEZ, R., «El criminal *compliance* desde la perspectiva de la delegación de funciones», *Estudios penales y criminológicos*, Vol. XXXV, 2015, p.748.

¹⁰⁰ La figura del *chief compliance officer* se da en las grandes empresas, aquellas que tienen la capacidad económica suficiente para poseer en su organigrama un departamento de cumplimiento. Actuando el *chief compliance officer* como director y el resto de *compliance officers* estarán a sus órdenes.

¹⁰¹ CURERO, A., «¿Debe ser interna o externa la figura del «*compliance officer*»?», *Editorial Aranzadi*, Cizur Menor. 2018, pp.2-3. El Consejo General de la Abogacía Española con la emisión de este informe recomendaba que las funciones del *compliance officer* debían ser desarrolladas por un abogado externo, ya que entiende que esta tarea de implementación y aplicación de los planes de prevención de delitos requiere la combinación de actividades de interpretación, evaluación y decisión acentuadamente jurídica, y que una figura externa limita la posibilidad de que se produzcan conflictos de intereses. La Fiscalía General del Estado en su Circular 1/2016, argumenta que el órgano de cumplimiento requería para el desarrollo de sus funciones un gran conocimiento del funcionamiento diario de la entidad.

No obstante, la Circular 1/2016 FGE¹⁰², indica en su articulado que “dependiendo del tamaño de la persona jurídica, podrá estar constituido por una o por varias personas, con la suficiente formación y autoridad”. En suma, las empresas españolas tienen la posibilidad de escoger la opción que mejor se adecúe a sus propias características, ya sean económicas, sociales, ético culturales, etc.

En esta misma línea, otra posibilidad es la creación de un comité¹⁰³ o comisión¹⁰⁴ –términos que utiliza la doctrina– de cumplimiento como garante de los CPS. En España no es una praxis usual, más bien se da en países norteamericanos –EE.UU. y Canadá– pero estamos en el camino correcto para que sea una práctica implementada en nuestro país. Este órgano¹⁰⁵ se compone de varias personas encargadas de las funciones designadas al CCO o CO. En términos económicos, la viabilidad de esta posibilidad solamente se podrá dar en las grandes empresas, donde inclusive se podrá dividir el programa de *compliance* en distintas áreas.

Como hemos podido observar, las posibilidades disponibles en la ley son tres, dependiendo de la dimensión de la empresa y la capacidad económica de la misma, como variables a tener en cuenta. Sin embargo, el común denominador de las tres posibilidades es que prácticamente abarcan las mismas funciones¹⁰⁶ y son las siguientes:

- Implantar los programas de cumplimiento en la empresa
- Cursos y prácticas formativas para los empleados
- Supervisión continua de los programas
- Deber de policía y/o vigilante

¹⁰² AGUILERA GORDILLO. *Op.cit.*, p164.

¹⁰³ MARTÍNEZ PUERTAS, PUJOL CAPILLA. *Op.cit.*, p.106.

¹⁰⁴ FRAGA GÓMEZ. *Op.cit.*, p.74.

¹⁰⁵ THIBAUD, T., *Compliance, Anticorrupción y Responsabilidad Penal Empresaria*, THOMSON REUTERS La Ley, Ciudad Autónoma Buenos Aires, Mayo 2018, p.242. Un abogado tendrá facilidad para opinar si algo es legal o ilegal; un *compliance officer* puede opinar si algo se ajusta al Código de Conducta o no; pero un Comité de Cumplimiento, puede tomar ambas opiniones, unirlas con las opiniones de otras áreas, juntarlas con la visión del negocio, discutirla entre opiniones diversas y crear una solución más compleja que no se limite solo a un “sí”, o un “no”, o a un “tal vez”.

¹⁰⁶ MARTÍNEZ PUERTAS, PUJOL CAPILLA, *Op.cit.*, 109-111.

- Evitar los posibles riesgos que se puedan generar dentro de la empresa y que supongan la vulneración de la normativa legal¹⁰⁷
- Programas de concienciación de la importancia del *Compliance*
- Publicar periódicamente las actuaciones de *Compliance* realizadas
- Prevención y análisis detallado de las operaciones de negocio
- Detectar las actuaciones irregulares dentro de la empresa
- Respuesta inmediata sobre las actividades irregulares y contrarias al código ético, denunciar y sancionar

Ante todo, para que estas funciones sean llevadas a cabo con la mayor de las diligencias por parte del CO/CCO o Comité de cumplimiento, éstos deben poseer una serie de actitudes y aptitudes requeridas para el puesto. En primer lugar, deben ser personas con sentido común y criteriosas, a eso, le deben unir una gran capacidad analítica de los riesgos que se pueden dar en el seno interno de la empresa. En su función promulgadora de la cultura del cumplimiento, deben ser flexible ante los ojos de los empleados, para que vean en él una persona positiva y con la cual, se pueda consultar las anomalías surgidas de cada puesto de trabajo.

Como afirma CABRERO¹⁰⁸ el CO debe poseer sólidas habilidades y cualidades humanas que le permitan asesorar, capacitar y crear conciencia entre los empleados sobre la importancia de la ética y cumplimiento. No solo el CO debe tener habilidades éticas o morales sino también aptitudes negociadoras, visión comercial, capacidad técnica y promulgar la proactividad¹⁰⁹.

Para poner punto y final al análisis del CO/CCO, no puedo dejar pasar por alto, uno de los puntos más discutidos del Derecho penal económico en la

¹⁰⁷ RODRÍGUEZ ESTÉVEZ. *Op.cit.*, p.96. Una de las misiones de mayor relevancia que soporta la figura del *compliance officer* es el análisis de los riesgos penales que pueden acaecer en la empresa. Por esa razón, el autor apunta a que el *compliance officer* es el encargado de “cortar la cadena del principio de confianza” como criterio que puede dar lugar a eximentes de responsabilidad penal dentro de la actuación empresarial.

¹⁰⁸ CABRERO. *Op.cit.*, p. 248.

¹⁰⁹ *Ibid.* El CO para ser competitivo debe poseer la capacidad técnica que le permita identificar los riesgos con antelación suficiente para su evitación, así como, la gestión de un programa de cumplimiento adecuado a los mismos y dirimir dilemas éticos. De igual forma, la visión comercial es esencial para comprender en detalle el negocio y la capacidad negociadora va ligada, ya que las habilidades interpersonales entre partes interesadas es vital para todo negocio. Además, el CO debe ser proactivo en sus funciones y no sentarse en su escritorio y esperar a que los empleados acudan a él para comunicarle la problemática surgida sobre el programa de cumplimiento.

actualidad, y no es otro que la responsabilidad penal de estas figuras y su posición de garante.

El debate doctrinal en torno a esta figura consiste en determinar si al CO le concierne por regla general un deber de garante jurídico penal, contextualizado respecto de su actividad de prevención y subsanación de los delitos cometidos en la empresa por los empleados.

Antes de entrar de lleno en el deber de garante, me parece de interés extraer una cita de PRITTWITZ¹¹⁰, ilustrándonos con su percepción ante la posible punibilidad del CO. Describe este supuesto desde dos puntos de vista, utilizando a su vez dos conceptos como son imperioso y remoto. Pues bien, para este autor el deber de garante parece a primera vista imperioso, desde la visión dogmática-sistemática-conceptual, en cambio parece permanentemente remoto desde un prisma de política criminal económica.

La posición jurídica del CO se deriva de la posición originaria del empresario como el garante primario para evitar hechos ilícitos en su ámbito de organización. Por esa razón, la posición de garante compete originariamente al empresario, ya sea individual o societario, y solamente la delegación de funciones, hace que surjan las perspectivas doctrinales respecto de este deber de garante.

En algunos casos es la propia legislación la que impone la posición de garante en la figura del empresario –p. ej. en Alemania–¹¹¹ tanto normativa general como normas específicas.

Como primera deducción jurídica, he de decir que no existe una posición de garante del CO/CCO por aquellos delitos que puedan ser cometidos por la organización. En principio, los deberes que lleva consigo el CO/CCO se limitan a diseñar, implementar y controlar el programa de cumplimiento, a formar a los empleados y dar a conocer a la directiva de la empresa aquellos datos referentes a circunstancias reales de riesgos y su posible evolución negativa.

¹¹⁰ PRITTWITZ. *Op.cit.*, 212.

¹¹¹ BERMEJO. *Op.cit.*, p.179.

A pesar de ello, la delegación no solo lleva el traspaso de funciones o tareas sino que internamente contiene una carga de responsabilidad¹¹² asumida por el CO y, por ende, le hace partícipe del deber de garante. En consecuencia, debemos estar, si fuera el caso, a la descripción concreta del contrato laboral del CO y su vez, a la descripción de su puesto de trabajo contenida en el convenio regulador¹¹³.

Ahora bien, el empresario está obligado en cierta manera a mantener un grado de diligencia mínimo, para evitar los posibles delitos que se pudieran cometer en la organización. Pero más allá, el pensamiento de la doctrina mayoritaria afirma también, que la posición de garante del empresario, le obliga en cierta medida a la evitación de delitos de sus empleados relacionados con el desempeño de sus funciones.

Un sector doctrinal¹¹⁴, entiende que la delegación realizada por el empresario, no extingue su posición de garante, sino que la modifica. Por tanto, los deberes de control¹¹⁵ y vigilancia son delegables sobre el CO, y como consecuencia de ello, podemos decir que estamos ante una delegación parcial según esta teoría.

Como ya se ha apuntado, las corrientes doctrinales tienen diferentes visiones sobre el deber de garante del CO, yo soy partidario de la corriente doctrinal que entiende esta figura como un órgano auxiliar. A mi modo de ver, el CO no asume una obligación general de impedir delitos, ya que sus funciones se concentran en la obtención y transmisión de información al órgano de dirección –que sí es el destinatario de los deberes de garante empresarial, dado que es el responsable de la estructura y organización de la empresa–. Como bien afirma

¹¹² AROCENA, G.A., «Acerca del denominado “Criminal Compliance”», *Revista Crítica Penal y Poder* (R.C.P.P), nº 13, Octubre 2017, p.141. La delegación correctamente efectuada modifica la posición jurídica del delegante (directivo), liberándolo parcialmente de los deberes y/o funciones competenciales.

¹¹³ PRITTWITZ. *Op.cit.*, p.215.

¹¹⁴ MONTANER FERNÁNDEZ. *Op.cit.*, p.754.

¹¹⁵ DOPICO GÓMEZ-ALLER. *Op.cit.*, pp.172-173. Apunta el autor que los deberes de control y evitación de sucesos lesivos se trasforman en deberes de supervisión y vigilancia de la labor del delegado. Desarrolla una bipartición de los deberes residuales de vigilancia, englobándolos en deberes de supervisión activa y supervisión reactiva. Finaliza con la afirmación de que el delegante en la mayoría de los casos, integra ambas clases de deberes, si bien con un mayor peso los deberes de supervisión activa cuanto más próximo se encuentre a la realización material de la tarea de riesgo; y una preponderancia de los deberes de supervisión pasiva cuando la posición del delegante esté más alejada de la ejecución de la tarea riesgosa.

MONTANER FERNÁNDEZ, cabe la posibilidad de considerar al CO como garante interno de la empresa, en cuanto a su deber de evitación de perjuicios para la propia empresa, y no, frente a los delitos cometidos por parte de los empleados¹¹⁶.

En resumen, el empresario no traspasa la competencia principal en materia de cumplimiento a un tercero –que en este caso es el CO/CCO–, sino que se sirve de un profesional independiente con conocimientos técnicos específicos en programas de cumplimiento. En cierta manera, la posición del CO no es la de un delegado de vigilancia sino que estaríamos ante la ejecución de una función mediante encargo. Por consiguiente, el empresario seguirá siendo el principal responsable en materia de cumplimiento en la empresa y el CO será un mero ejecutor cualificado a los efectos de la formación, asesoramiento y supervisión del funcionamiento y cumplimiento del *Compliance Program*, quedando fuera de su esfera la adopción, ejecución y gestión eficaz del modelo de prevención de riesgos penales.

5.6.- Canal de denuncias

5.6.1.- Antecedentes legislativos en el marco internacional y nacional

Cada vez más las Organizaciones son conscientes de la importante necesidad de implantar sistemas y programas de *Corporate Compliance Program*, para prevenir o, en la medida de lo posible, minimizar la comisión de actos ilícitos en el seno interno de la Organización.

En este sentido, uno de los componentes esenciales y que no puede faltar en un *Corporate Compliance Program* es la implantación de un canal de denuncias internas.

Retrotrayéndonos en el pasado, encontramos la primera referencia normativa a nivel internacional, en la denominada SOX de 2002¹¹⁷, mencionada *supra*.

¹¹⁶ MONTANER FERNÁNDEZ. *Op.cit.*, p.757.

¹¹⁷ ARMENTIA MORILLAS, P., «Canal de Denuncias (Plan de acción e implantación del *Compliance Program*)», *Editorial Aranzadi*, Pamplona, Enero 2015, p.1. Las sociedades estadounidenses que cotizan en bolsa y a sus filiales basadas en la Unión Europea, deben establecer en su Comité de Auditoría «*procedimientos para la recepción, retención y tratamiento de quejas recibidas por el causante en relación con la contabilidad, controles contables internos*

En el marco nacional, la primera referencia la encontramos en el año 2006, con el Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas de la Comisión Nacional de Mercado de Valores¹¹⁸ (CNMV), estableciendo que *«(...) Como novedad procedente de la Recomendación de la Comisión Europea –inspirada a su vez, en la experiencia de Estados Unidos, Reino Unido y otros países cuyas compañías tienen establecidos cauces internos para que sus empleados puedan denunciar irregularidades (Whistleblowing¹¹⁹)–, el Código recomienda que las sociedades cotizadas encomienden al Comité de Auditoría el establecimiento y seguimiento de mecanismos de esa naturaleza, que protejan la identidad del denunciante e incluso, si se considera oportuno, permitan su anonimato. El Código parte de que tales mecanismos, se destinarán preferentemente a la denuncia de irregularidades financieras y contables y, sobre todo, que respetarán escrupulosamente las limitaciones establecidas en la Ley Orgánica de Protección de Datos (LOPD)...»*.

Un año después, en el 2007 la Agencia Española de Protección de Datos confecciona el Informe Jurídico 128/2007¹²⁰ para la creación de canales de denuncias internas en las organizaciones/empresas, entidades.

Este informe fue elaborado para dar respuesta a una consulta que realizó una Entidad, sobre aquellos aspectos a tener en cuenta tanto para la implantación y como para el desarrollo del canal de denuncias, ligado todo ello al cumplimiento normativo en materia de Protección de Datos.

Con posterioridad, en 2010, entran en vigor la Ley 10/2010, de 28 de abril, de Prevención del Blanqueo de Capitales y de la Financiación del Terrorismo y la L.O. 5/2010, de 22 de junio, esta última analizada pormenorizadamente *supra*.

o cuestiones de auditoría; y la presentación confidencial y anónima por parte de los empleados de la persona causante de preocupación en relación con cuestiones contables o de auditoría cuestionables».

¹¹⁸ *Ibid.*

¹¹⁹ LLEDÓ BENITO, I., *Corporate compliance: la prevención de riesgos penales y delitos en las organizaciones penalmente responsables*, Editorial Dykinson, Madrid, 2018, p.69. Los *whistleblowing* son de origen anglosajón y que consiste en la creación de cauces internos dentro de las organizaciones/empresas o entidades para denunciar irregularidades o infracciones legales y normativas, cometidas por los empleados en el seno de interno de éstas.

¹²⁰ ESPIN, R., «El Canal de Denuncias Internas en la Actividad Empresarial como Instrumento del *Compliance*», Universitat Autònoma de Barcelona, Junio 2017, p.262

En 2015 se publica la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el CP en el apartado donde se contiene la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, es decir, se detallan los requisitos que las empresas deben cumplir para lograr la exención de la responsabilidad penal –L.O. analizada *supra*–.

Así que, el CP recoge en su art.31 bis 5 apartado 4º todo lo concerniente a los canales de denuncia, estableciendo lo siguiente:

4.º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.

Como podemos observar, el enunciado no hace referencia alguna a los canales de denuncia de una forma explícita. No obstante, sí que extraemos la esencia que nos quiere transmitir el legislador y la finalidad que persigue.

5.6.2.- Concepto y ámbito de aplicación

5.6.2.1.- Concepto

Son varios los autores que definen el concepto de canal de denuncias, y por ende, haré alusión a una serie de referencias como la plasmada por ALBA MUÑOZ¹²¹ en su obra, describiéndolo como “un procedimiento para el envío, entre otros, de denuncias, quejas o preocupaciones al responsable dentro de la organización, relativo a todo tipo de consultas que se presuman ilícitas cometidas por un empleado, bien sea por contravenir una norma legal o una norma aceptada voluntariamente por la compañía así como a los incumplimientos del código de conducta de aquella”.

De la misma manera, TORRAS COLL¹²² interpreta el canal de denuncias como “un mecanismo de comunicación conformado por medios físicos o informáticos en que trabajadores, directivos e incluso terceros (colaboradores, proveedores, clientes, subcontratados) pueden realizar consultas,

¹²¹ ALBA MUÑOZ, I., «Canal de denuncias en las personas jurídicas públicas», Nº 7, Sección Administración del siglo XXI, Julio-Agosto 2017, *Editorial Wolters Kluwer*, p.8.

¹²² TORRAS COLL, J.M., «Aspectos procesales de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Valoración del programa *compliance*», Nº 130, Sección Jurisprudencia aplicada a la práctica, Enero-Febrero 2018, *Editorial Wolters Kluwer*, p.14.

comunicaciones, o denuncias sobre irregularidades, malas prácticas, incumplimiento de normas o actos indebidos observados en el seno de la persona jurídica a la que pertenecen o con la que se relacionan a fin de que el órgano responsable del cumplimiento normativo las investigue y, en su caso, adopte las medidas preventivas, correctivas o sancionatorias oportunas”.

En este sentido, ARMENTIA MORILLAS¹²³ describe el canal de denuncias como “aquel mecanismo interno establecido en una Organización que permite comunicar de forma confidencial y, en consecuencia detectar o prevenir posibles irregularidades, actos indebidos, comportamientos contrarios a la legislación vigente y/o a la normativa interna de la Compañía que se estén realizando dentro de la misma y que puedan suponer para la misma algún tipo de responsabilidad penal, civil o administrativa”.

Como podemos observar en las diferentes definiciones, encontramos conceptos comunes en todas ellas, como por ejemplo mecanismo interno, prevención de irregularidades, comunicación y denuncia de actos ilícitos, etc, y es aquí, donde introduzco una figura de vital importancia, que no es otra que los *whistleblower*¹²⁴. Son aquellas personas que revelan información negativa sobre las prácticas ilícitas de los empleados de la organización, que contravienen el código ético y la demás normativa interna de la empresa. En inglés tiene una traducción peyorativa como “delator” o “soplón”, término utilizado por la jerga callejera, o en una vertiente más positiva “informante”.

Ahora bien, el sistema de denuncias es confidencial y la pregunta que nos hacemos es, si a su vez debe ser ¿anónimo o nominal?, esa es la cuestión a dilucidar en este apartado.

Antes de resolver la pregunta *supra*, me detendré en el carácter confidencial de las denuncias, a priori, las denuncias son todas confidenciales, siempre y cuando, el denunciante actúe promovido por la buena fe y respetando el Código Ético de la empresa, en este caso, las denuncias almacenadas en la base de datos tendrán el carácter de confidenciales. Por el contrario, si a raíz de la investigación realizada sobre los hechos denunciados, resulta ser una

¹²³ ARMENTIA MORILLAS, P. *Op. cit.*, p.3.

¹²⁴ ESPÍN., R. *Op. cit.*, p.250.

denuncia falsa, o si el denunciante ha actuado de mala fe o en su caso infringiendo la normativa interna de la empresa; los datos del denunciante pueden ser revelados para que la persona denunciada, si lo estima oportuno, inicie las acciones legales contra el denunciante.

Una vez expuesta la confidencialidad y sus dos vertientes, es el momento de resolver la pregunta de si las denuncias deben ser ¿anónimas o nominales? En este aspecto, soy partidario de que sean anónimas, por el simple hecho de que los denunciantes no tendrán “miedo” a denunciar por las posteriores represalias a las que se pudieran verse sometidos, por parte de sus compañeros y/o empresa, si fueran denuncias nominales. No obstante, entiendo que no se puede realizar un uso abusivo del anonimato, en otras palabras, si se hace una mala praxis del canal de denuncias, es cuando estamos desvirtuando su esencia y por consiguiente, la eficacia del mismo.

Luego entonces, para que aquellos *whistleblowers* de buena fe se vean protegidos a la hora de denunciar, se debe hacer hincapié en materia de protección de datos y en la confidencialidad. Dicho de otra manera, la organización debe garantizar el hermetismo en todo el procedimiento de denuncias, para que la aceptación sea total entre los empleados de la misma. De manera que, si los denunciantes ven un alto nivel de protección, esto repercutirá en un mayor número de denuncias. Por consiguiente, se estará generando a su vez una mayor cantidad de información, superior a la que se pudiera obtener sin esta protección. En resumidas cuentas, si la organización hace una política de protección excelente, de forma indirecta obtendrá más información y así podrá atajar con mayor celeridad las posibles irregularidades del *Compliance Program*.

5.6.2.2.- Ámbito de aplicación

En primer lugar, tenemos dos puntos de vista, uno el subjetivo, donde es preciso tener en cuenta que el canal de denuncias interno, será de aplicación a los empleados simplemente por la pertenencia empresarial. No obstante, la empresa mantiene lazos o vínculos contractuales de derecho laboral, mercantil o civil con otras personas que no forman parte de la misma, como por ejemplo

los colaboradores, proveedores, subcontratados, que igualmente, están sometidos al imperio de la normativa interna de la organización.

En segundo lugar, el punto de vista territorial debe ser tenido en cuenta de una forma más precisa, porque existen grupos de empresas conformadas por entidades ubicadas en otros países. Por lo tanto, las diferencias culturales y legislativas provocan el establecimiento de grupos de recepción y resolución moldeados a cada ubicación, de forma que, los procedimientos y la eficacia de los canales de denuncia sea idéntica en todas las entidades con independencia de la situación geográfica en la que se encuentren.

5.6.3. Características

Un canal de denuncias para que sea eficaz debe poseer unas determinadas características¹²⁵:

- Sistema respaldado por la dirección: la alta dirección debe respaldar el canal de denuncias, a su vez es de obligado cumplimiento para todos los empleados de la organización. Asimismo, cuando se implante por primera vez el canal de denuncias, es necesario que previamente se haya informado a los representantes de los trabajadores (art. 64 del ET)¹²⁶.
- Sistema previamente divulgado y que cumpla con el deber de información: el canal de denuncias debe ser divulgado previamente entre sus empleados, utilizando la Intranet de la organización, en el contrato de trabajo debidamente explicado, o en la página web de la entidad.
- Sistema accesible: promover mecanismos o procedimientos para hacer llegar las irregularidades cometidas en la empresa por algún empleado, así que, se requiere un formulario electrónico incluido en la página web o por medio de un correo electrónico al buzón

¹²⁵ ARMENTIA MORILLAS, P. *Op. cit.*, pp. 4-5-6.

¹²⁶ Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Artículo 64 ET sobre los derechos de información y consulta y competencias.

corporativo o mediante el envío de una carta en soporte papel a través del correo postal a una dirección determinada.

- Sistema proporcional: no podrá ser objeto de denuncia cualquier comportamiento, sino estrictamente los que estén relacionados con su vinculación empresarial.
- Sistema documentado: el procedimiento que regula los extremos del canal de denuncias debe ser aprobado previamente y documentado por escrito. De tal manera que, tanto los usuarios como los órganos que gestionan¹²⁷ el canal de denuncias tengan conocimiento real y homogéneo del proceso.
- Sistema donde queden detallados los comportamientos ilícitos y sus correspondientes consecuencias: el canal de denuncias debe tener detallados y tipificados los comportamientos y acciones/omisiones consideradas ilícitas, las cuales contravienen la buena fe y la ética corporativa.

5.6.4.- Procedimiento

Una vez que el procedimiento ha sido documentado por escrito y aprobado por la Alta Dirección de la empresa y, además, se han cumplido los deberes de divulgación e información, los empleados que los estimen conveniente podrán dirigir sus denuncias confidenciales a la entidad a través de los diferentes medios puestos a disposición por ésta, tales como:

- Formulario electrónico incluido en la Página Web y en la Intranet de la empresa.
- Correo electrónico al buzón corporativo de la empresa (denuncias@dominio.es).
- Carta en soporte papel mediante el correo postal a una dirección determinada.

¹²⁷ El canal de denuncias puede ser gestionado por la propia organización, si presenta los recursos humanos y económicos suficientes para desarrollar una función efectiva y eficiente. Otra posibilidad es que el canal de denuncias sea gestionado por una empresa privada a través de la externalización de esta función. En este caso, se eliminan los intereses que puedan existir en una empresa, siendo más imparcial este canal de denuncias que si fuera gestionado de manera interna.

La denuncia interna debe contener los siguientes datos¹²⁸:

- Nombre de la empresa a la que se refiere
- Datos identificativos del denunciante (nombre, apellidos y número de Documento Nacional de Identidad, Número de Identificación de Extranjeros o Número de Pasaporte y nacionalidad).
- Los hechos denunciados, haciendo una breve descripción de la infracción cometida.

Una vez elegido el medio de comunicación para poner en conocimiento de la empresa el hecho ilícito y habiéndose cumplido los requisitos formales de la denuncia; la empresa debe proceder en primer término, a revisar si no hay algún defecto en el cuerpo de la denuncia (se puede conceder un plazo de diez días hábiles para subsanar errores) y, en segunda instancia a admitirla o no a trámite, si se da la primera premisa, se procederá a la apertura de un expediente en el que se practicara una investigación exhaustiva. En cuanto al plazo de tramitación del expediente, no podrá exceder de tres meses¹²⁹ a contar desde la fecha de su apertura.

Se pondrá fin a la tramitación del expediente con un informe del CO/CCO en el que dará cuenta de las actuaciones que se han llevado a cabo, dejando constancia de una serie de recomendaciones que estime oportunas¹³⁰. Este informe será elevado al Presidente del Comité de Auditoría, o al Director de la Asesoría Jurídica de la empresa, dando traslado al Presidente y/o Consejero delegado, con la finalidad de que cualquiera de ellos, pueda adoptar las medidas de investigación. Una vez concluido el periodo de investigación, la empresa valorará si actúa o no, interponiendo las medidas disciplinarias que estime

¹²⁸ ESPÍN, R. *Op. cit.*, p.256.

¹²⁹ Informe 2007/0128 apartado VII. El Gabinete Jurídico de la AEPD recomendó comunicar al trabajador o directivo denunciado la existencia de la denuncia en un plazo máximo de tres meses desde el momento de registro de los datos. El documento WP117 recomienda que la comunicación al denunciado se produzca tan pronto como se reciba la denuncia, si bien admite que esa comunicación se demore, sin fijar un plazo máximo, en aquellos casos en los que "exista un riesgo importante de que dicha notificación pondría en peligro la capacidad de la sociedad para investigar de manera eficaz la alegación o recopilar las pruebas necesarias".

¹³⁰ *Ibid*, p.327.

oportunas o, activa el despido disciplinario (art. 54 ET)¹³¹ o, en su caso, ejercita acciones penales y/o civiles contra el trabajador.

5.7.- Revisiones periódicas y actualización de los Compliance Programs

Estamos ante uno de los nuevos requisitos exigidos por el CP donde se obliga a una constante actualización de los CPS. Así, el art. 31 bis 5 CP exige que: *6.º Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.*

El *Compliance Program* lleva implícito un carácter dinámico, y como consecuencia de ello, se realizarán las oportunas revisiones periódicas, aunque no se fija un período máximo que pueda transcurrir sin que se haya procedido a la revisión. De manera que, el vacío legal existente en la periodicidad crea inseguridad jurídica, y lleva consigo la dificultad de aplicar el precepto de forma precisa. Por esa razón, las empresas ajustarán el período de actualización en contraste con sus características y circunstancias personales; estableciendo un período durante el cual exista un alto porcentaje de garantías respecto de la eficacia de los CPS.

A pesar de todo, no parece probable que se encuentre una solución que satisfaga a la generalidad, por lo que, se ha recurrido a una solución “salomónica”, en otras palabras, la práctica común entre las empresas ha generado una costumbre empresarial de que el plazo para revisar los programas de cumplimiento no supere el año¹³².

¹³¹ Artículo 54 Despido disciplinario (ET). 1. El contrato de trabajo podrá extinguirse por decisión del empresario, mediante despido basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador. 2. Se considerarán incumplimientos contractuales: a) Las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo. b) La indisciplina o desobediencia en el trabajo. c) Las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos. d) La transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo. e) La disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado. f) La embriaguez habitual o toxicomanía si repercuten negativamente en el trabajo. g) El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso sexual o por razón de sexo al empresario o a las personas que trabajan en la empresa.

¹³² AGUILERA GORDILLO. *Op. cit.*, p.324.

En este sentido, la Circular 1/2016 FGE contiene en su articulado una referencia sobre la actualización y revisión de los programas de cumplimiento y dice lo siguiente: *“El sexto requisito del apartado 5 impone a la persona jurídica el deber de verificar periódicamente la eficacia del modelo. Aunque el texto no establece plazo ni procedimiento alguno de revisión, un adecuado modelo de organización debe contemplarlos expresamente. Además, el modelo deberá ser revisado inmediatamente si concurren determinadas circunstancias que puedan influir en el análisis de riesgo, que habrán de detallarse y que incluirán, además de las indicadas en este requisito, otras situaciones que alteren significativamente el perfil de riesgo de la persona jurídica (p. ej. modificaciones en el Código Penal que afecten a la actividad de la corporación)”*.

A mayor abundamiento la Circular establece dos tipos de verificaciones¹³³:

- Verificación ordinaria o programada: es aquella donde la organización y el comité de *compliance* establecen de manera periódica. Al no existir un plazo programado éste, puede ser mensual, trimestral, o inclusive anual, siendo esta última opción la acogida por la mayoría empresarial.
- Verificación extraordinaria: sería necesaria cuando acaecieran circunstancias internas o externas¹³⁴ que afecten directamente el nivel de riesgo de la empresa.

De igual forma, la norma UNE-ISO 19600:2014 de AENOR exige una reevaluación de carácter periódico de los riesgos, además de las evaluar la práctica del *Compliance*, así como, a la sistemática actualización del modelo respecto de las novedades que surjan en el sector.

De modo que, las causas de revisión¹³⁵ inmediata del *Compliance Program*, son las siguientes:

¹³³ SILVESTRE, S., «*Compliance Penal: La verificación periódica del modelo de prevención*», <https://www.govertis.com/compliance-penal-modelo-de-prevencion> [Consulta: 9 de enero, 2019]. Vid. AGUILERA GORDILLO. *Op. cit.*, p.325.

¹³⁴ Las circunstancias internas obligarían en principio a una revisión del modelo (p. ej. constatación de infracciones relevantes de las disposiciones del Modelo de Prevención Penal, cambios en la dirección o en la plantilla, nuevos proveedores, etc...); en cuanto a las circunstancias externas tenemos (p. ej. modificaciones legislativas y/o normativas y/o jurisprudenciales que afecten a las actividades de la organización).

¹³⁵ CARRAU CRIADO, R., «*Compliance para PyMES*», *Tirantonline*, Madrid, 2016, p.20.

- Cambios normativos.
- Cambios organizativos en la entidad/organización/empresa, tanto en el ámbito territorial como en la estructura organizativa.
- Nuevas orientaciones jurisprudenciales.
- Innovaciones tecnológicas relacionadas con el *Compliance*.

Asimismo, el CO/CCO debe estar atento a cualquier cambio significativo que se produzca y, modifique el mapa de riesgos y/o actividades de la empresa. Igualmente, estará obligado a desarrollar los cambios necesarios en el sistema, e implementarlos de forma inmediata.

CONCLUSIONES

Una vez analizada la trascendencia que ha tenido en el sector empresarial español, la inclusión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal y de haber analizado pormenorizadamente los CPS y sus elementos principales, he llegado a las siguientes conclusiones:

- 1.- El corporativismo empresarial anglosajón ha hecho que en Europa se tome conciencia de la cultura *compliance* y medidas sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, por medio de los *Compliance Programs* Penal o *Criminal Programs*.
- 2.- La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Penal español, supuso un punto de inflexión en el sector empresarial de este país. Por primera vez, las personas jurídicas podían responder penalmente por los delitos cometidos.
- 3.- La L.O. 5/2010 de 22 de junio, eliminó el principio general *Societas delinquere non potest* perteneciente al Derecho Romano, donde se consagraba que ninguna persona jurídica podía ser responsable penalmente.
- 4.- La L.O. 1/2015 de 30 de marzo introdujo un debate doctrinal sobre la eximente que daba la posibilidad a las personas jurídicas de adoptar un *Corporate Compliance* y así, evitar la responsabilidad penal, simplemente por el hecho de incorporar a su organigrama este modelo de prevención, vigilancia y control.
- 5.- ISO 19600 y UNE 196001, son estándares que contiene recomendaciones, guías o directrices aplicables a las entidades/ organizaciones/ empresas. Son de gran ayuda para el sector empresarial, porque realizan comprobaciones metódicas sobre los sistemas de CPS. De igual modo, se obtienen resultados sobre la eficacia y funcionamiento del programa en la persona jurídica.
- 6.- Los CPS son instrumentos necesarios en toda persona jurídica, ya que poseen un carácter preventivo en cuanto a la comisión u omisión de delitos penales que se pudieran cometer en el seno interno de la entidad. Del mismo modo, posibilita la evitación de sanciones administrativas por su carácter preventivo. Además, una persona jurídica que implante un *Compliance Program*

en su organigrama, dará como resultado una organización acorde a la cultura de *compliance* y con un valor reputacional elevado.

7.- En cuanto a los modelos de gestión de los recursos financieros para la implantación de los CPS, es obligatorio destinar una partida presupuestaria para el programa. No obstante, entiendo que debe regularse de manera detallada tomando como variable el tamaño de la empresa y así, asignar los CPS adecuados. En otras palabras, una PyME puede que no tenga la capacidad económica suficiente, para soportar el gasto de un *Compliance Program* estándar, como sí puede una multinacional. Por lo tanto, se debería regular por ley este aspecto no contemplado ni en el CP ni en la Norma UNE 19601.

8.- La ética es el pilar fundamental en el que nos basamos para, en primer lugar, elaborar un Código Ético y en segundo, para implantar un Programa de Cumplimiento. Partiendo de la base ética como filosofía empresarial, será más fácil impregnar de este concepto filosófico a los empleados de la entidad y así, acortamos los plazos de asimilación tanto de la ética en sí, como del Código Ético.

En España como en otros muchos países de la UE se han implantado los Códigos Éticos más por obligación que por iniciativa propia. Además, he de recordar que la normativa no recoge la obligatoriedad de implantar un Código Ético por parte de las personas jurídicas, y aun así, se hace por el poder de las costumbres corporativas.

Estudios han confirmado que existe una clara tendencia a la implantación masiva de los Códigos Éticos, tanto en las multinacionales como en las PyMES, así que, la cultura de la ética corporativa se está extendiendo. Por tanto, las empresas tenderán a implantar Códigos Éticos por vocación ética y no para evitar posibles sanciones.

9.- La metodología formativa es una cuestión debatida por la doctrina, donde unos abogan por la formación meramente presencial y otros por la formación *online*. Tomando en consideración ambas formaciones, respaldo la formación mixta como un estándar genérico para todas las personas jurídicas, siendo el punto de partida. No obstante, debemos estar al caso concreto, esto es, entiendo que la formación *online* reporta unas ventajas para las PyMES tales como la

flexibilidad, alcance y sobre todo bajo coste. Sin embargo, la formación presencial tiene un coste elevado difícilmente soportable por las PyMES, así que, será más conveniente para las grandes empresas. En suma, la formación mixta es la más adecuada para toda persona jurídica, independientemente de su tamaño, ya que proporciona más elementos formativos.

10.- Debido al entorno socioeconómico y social en el que nos encontramos, es imprescindible por parte de la persona jurídica de valerse de un mapa de riesgos acorde a la nueva y cambiante generación de riesgos. Sin un buen análisis de los riesgos, los CPS tenderían al fracaso en todas sus líneas, por ello, se hace necesario una elaboración metódica del mapa de riesgos por parte de los oficiales de cumplimiento.

11.- A causa de la implantación de los CPS, emergen las figuras del CO y CCO. A pesar de ello, el CP no las regula de forma expresa sino de una manera tácita. Por ende, debemos acudir a la Circular 1/2016 FGE, que recoge alguna referencia sobre estas figuras, sus funciones y la composición más aconsejable dependiendo del tamaño de la persona jurídica.

Por lo tanto, estimo que es recomendable que el CP recoja ambas figuras porque en la actualidad la ostentan una posición débil en el marco normativo tanto laboral como penal.

Respecto del debate doctrinal que se ha planeado sobre la responsabilidad penal o no, y el deber de garante de los CO/ CCO en el ejercicio de sus funciones, apoyo la corriente doctrinal defensora de que ambas figuras son un órgano auxiliar. Considero que el CO/ CCO no asume la obligación de impedir delitos, sino que su tarea es la obtención y transmisión de información al órgano superior. En suma, el CO/ CCO es un mero ejecutor cualificado, un vigilante encargado de velar porque se cumpla con eficacia el Programa de cumplimiento. Así que, el empresario no traspasa la competencia principal en materia de cumplimiento, solamente se sirve del CO/ CCO para desarrollar esa función.

12.- El canal de denuncias es la herramienta que nos permite conocer los delitos que se han cometido en el seno interno de la entidad. Debido a su vital importancia informativa, se debe hacer una reforma legislativa donde se protejan

los *whistleblowers*, esto es, se debe hacer hincapié en materia de protección de datos y confidencialidad.

La protección ante las posibles represalias va a generar un mayor grado de confianza en los *whistleblowers* para denunciar, repercutiendo en el volumen de denuncias. En otras palabras, la entidad obtendrá más información interna y a partir de ella, los mecanismos de respuesta podrán actuar más rápido y así evitar una mayor cantidad de delitos.

13.- Los CPS deben ser revisados y actualizados periódicamente para estar en orden ante la cambiante normativa penal en esta materia. Igualmente, los CPS son dinámicos, por ello requieren verificaciones ordinarias, que suelen ser anuales, esto no está regulado de forma expresa en ninguna normativa, sino que es una regla empresarial adoptada por la costumbre.

Del mismo modo, pueden realizarse verificaciones extraordinarias por la ineficacia de los CPS en alguna de sus áreas y ello suponga un riesgo para la persona jurídica.

14.- Una vez finalizo el trabajo debo hacer una reflexión sobre la incidencia de los modelos de cumplimiento penal en España. Los CPS son una herramienta novedosa en el tejido empresarial español, de ahí que estemos en un proceso de asimilación del modelo, y de la normativa relacionada con la responsabilidad penal de las personas jurídicas. A medida que se va asentando la cultura del cumplimiento como una práctica común, podemos observar como los estudios atisban que en un medio corto plazo las empresas españolas incorporarán los CPS por iniciativa propia y no por imperativo legal.

Del mismo modo, las figuras del CO/ CCO pronto deberán obtener una regulación laboral para que no haya ese vacío e inseguridad jurídica. Al mismo tiempo, puedo entrever que no serán figuras efímeras sino que van a perdurar en el tiempo, por tanto, necesitan una regulación como bien he dicho anteriormente.

En resumidas cuentas, hemos pasado la primera fase de adaptación a los cambios en esta materia, aunque el proceso no ha sido sencillo. No obstante, una vez asentados los pilares fundamentales e impregnarnos de la cultura del cumplimiento corporativo, nos hayamos en la segunda fase concerniente a la

paulatina sofisticación de los CPS, es decir, estamos en una etapa de perfeccionamiento para convertir los modelos en mecanismos cuasi eficaces y sin fisuras.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA GORDILLO, R., «*COMPLIANCE PENAL. Régimen Jurídico y Fundamentación analítica de la Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica y el Compliance Program*», Ed. UCOPress, 2018, (Disponible en: <https://helvia.uco.es/xmlui/bitstream/handle/10396/16714/2018000001783.pdf?sequence=1&isAllowed=y>).
- ALBA MUÑOZ, I., «Canal de denuncias en las personas jurídicas públicas», Nº 7, Sección Administración del siglo XXI, *Editorial Wolters Kluwer*, Julio-Agosto 2017.
- ALGABA GARRIDO, E., «Formación: La base de una cultura empresarial de cumplimiento», *Revista Internacional Transparencia e Integridad* (R.I.T.I.), nº 1 Mayo-Agosto 2016, (Disponible en: <https://revistainternacionaltransparencia.org/wp-content/uploads/2016/09/EVA-ALGABA.pdf>).
- ARMENTIA MORILLAS, P., *Canal de Denuncias (Plan de acción e implantación del Compliance Program)* en *Compliance: Cómo gestionar los riesgos normativos en la empresa*/ SÁIZ PEÑA, C. A., (Coord.) Editorial Aranzadi, Pamplona, Enero 2015.
- AROCENA, G.A., «Acerca del denominado, Criminal Compliance», *Revista Crítica Penal y Poder* (R.C.P.P), nº 13, Octubre 2017, pp.128-145.
- Asociación Española de Compliance, «Libro blanco sobre la función de Compliance», Madrid, 2017, (Disponible en: <https://www.asociacioncompliance.com/wp-content/uploads/2017/08/Libro-Blanco-Compliance-ASCOM.pdf>).
- AYALA DE LA TORRE, J.M., *Compliance, Claves prácticas Francis Lefebvre*, Ed. Lefebvre-El Derecho, Madrid, 2016.
- AYUSO SIART, S., GAROLERA, S., «Códigos éticos de las empresas españolas: un análisis de su contenido», Documento de trabajo nº 10, julio 2011. *Catedra Mango R.S.C. Escola Superior de Comerç Internacional Universitat Pompeu Fabra*, (Disponible en: <https://www.compromisorse.com/upload/noticias/004/4026/documento-de-trabajo-10cdigos-ticos.pdf>).

- AYUSO SIART, S., GAROLERA S., «Códigos éticos de las empresas españolas: ¿Qué compromisos contienen?», *Revista de Responsabilidad Social de la Empresa (RRSE)*, nº 11 (Vol. 4 nº2), Mayo-Agosto 2012, pp. 77-103, (Disponible en: https://www.accioncontraelhambre.org/sites/default/files/documents/11_1.pdf).
- BERGES ANGÓS, I., «La formación es la clave del éxito de los programas de *compliance*», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 923-2016, p.13.
- CARRAU CRIADO, R., «*Compliance* para PYMES», *Tirantonline*, 2016.
- CARRERAS P., «Publicación de la Norma UNE 19601-Incidencias en los Programas de *Compliance* Penal», INLEY Estudio Legal, Barcelona, MAYO-2017, (Disponible en: <https://www.ortega-condomines.com/wp-content/uploads/2017/06/UNE19601.pdf>).
- CUGAT MAURI, M., «La reforma de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El papel del juez ante el peligro de hipertrofia de las *compliance*», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXV, 2015, pp.919-963.
- DE LA MATA BARRANCO, N.J., *Responsabilidad Penal y Procesal de las Personas Jurídicas*, Francis Lefebvre, Madrid, 2015.
- DÍAZ GÓMEZ, A., «Novedades del Proyecto de Reforma de 2013 del Código Penal sobre la responsabilidad de las personas jurídicas», *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja (REDUR)*, Nº 11, diciembre 2013, pp.149-168.
- ESPÍN, R., «El Canal de Denuncias Internas en la Actividad Empresarial como Instrumento del *Compliance*», Universitat Autònoma de Barcelona, Junio 2017.
- FRAGA GÓMEZ, O., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Los modelos de organización y gestión, “*Compliance*” en el proyecto de reforma del Código Penal de 2013», *Cuaderno Electrónico de Estudios Jurídicos*, Ed. Círculo Académico de Estudios Jurídicos, Nº 1, Santiago de Compostela, 2013, pp.43-80, (Disponible en: <http://www.ceej.es/pdf/diciembre13.pdf>).

- FREEMAN, R, E., «Strategic Management: A Stakeholder Approach», *Cambridge University Press*, Edinburgh, marzo 2010, (Disponible en: https://books.google.es/books?id=NpmA_qEiOpkC&printsec=frontcover&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false).
- GÓMEZ COLOMER, J.L., *El Derecho penal económico en la era Compliance*/ Dirs. Luis Arroyo Zapatero, Adán Nieto Martín, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas adaptado a la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal*/ BAJO FERNÁNDEZ, M., FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., Civitas Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012.
- KUHLEN, L, MONTIEL, J.P., ORTIZ DE URBINA, I., (Eds.) *Compliance y Teoría del Derecho Penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013.
- LLEDÓ BENITO, I., *Corporate Compliance: la prevención de riesgos penales y delitos en las organizaciones penalmente responsables*, Editorial Dykinson, Madrid, 2018.
- LORENZO CAMPOS, P., «La implantación en las PYMES de los programas de prevención penal en el momento actual», *Diario La Ley*, nº 9238, *Sección Tribuna*, Editorial Wolters Kluwer, Julio 2018.
- MARTÍNEZ PUERTAS, L., PUJOL CAPILLA, P., *Guía para prevenir la responsabilidad penal de la empresa*, Thomson Reuters Aranzadi, 1ª Ed, noviembre 2015.
- MERCADER UGUINA, J.R., «El régimen laboral del *Compliance Officer*: un camino por andar», *Trabajo y Derecho*, Nº 38, *Editorial Wolters Kluwer*, Febrero 2018, pp.114-119.
- MONTANER FERNÁNDEZ, R., «El criminal *compliance* desde la perspectiva de la delegación de funciones», *Estudios penales y criminológicos*, Vol. XXXV, 2015, pp.733-782.
- OLGA, R., «Sistemas de gestión de *Compliance*», *Forum Calidad*, Año nº 27, Nº 278, 2016, pp. 10-16, (Disponible en: <http://www.lrq.es/Images/110186-.pdf>).

- PÉREZ CEPEDA, M., «La conducta organizacional ¿Es necesario instaurar el código de conducta organizacional?», *Revista Empresarial*, Vol. 10, Nº. 37, 2016, pp.21-26.
- PUENTES POYATOS, R., VELASCO GÁMEZ, M.M., VILAR HERNÁNDEZ, J., «El buen gobierno corporativo en las sociedades cooperativas», *Revista de Estudios Cooperativos (REVESCO)*, Nº 98, Segundo Cuatrimestre 2009, pp.119-140, (Disponible en: <http://webs.ucm.es/info/revesco/txt/REVESCO%20N%2098.5%20Raquel%20PUENTES,%20Maria%20del%20Mar%20VELASCO,%20Juan%20VILAR.pdf>).
- QUINTERO OLIVARES, G., «La responsabilidad penal de los partidos como personas jurídicas», *Actualidad Jurídica Aranzadi, versión electrónica*, nº 859, 2013, p.8.
- RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, J.M., THIBAUD, T., *Compliance, Anticorrupción y Responsabilidad Penal Empresarial*, THOMSON REUTERS La Ley, Ciudad Buenos Aires, Mayo 2018.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, M., ARRANZ ALAMO, J.P., «El mapa de riesgos: una herramienta para la identificación y gestión de riesgos», *Revista de la Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas (AECA)*, Nº 77, 2006, pp.32-36.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, M., PIÑEIRO-SÁNCHEZ, C., DE LLANO MONELOS, P., «Mapa de Riesgos: Identificación y Gestión de Riesgos», *Atlantic Review of Economics: Revista Atlántica de Economía*, Vol.2, Nº 1, 2013.
- ROTSCH THOMAS, «Criminal Compliance», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Nº 1, Universität Augsburg, 2012, (Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/876a.pdf>).
- RUANO MOCHALES, M.T., «El *Compliance Program* como mecanismo de organización, prevención y enjuiciamiento», *Revista Internacional Transparencia e Integridad (R.I.T.I.)*, nº 3 Enero-Abril 2017, (Disponible en: <https://revistainternacionaltransparencia.org/wp-content/uploads/2017/04/Teresa-Ruano.pdf>).

- SUDEROW, J., «Formación en Compliance» », *Aranzadi Digital*, nº 1-2017.
- TORRAS COLL, J.M., «Aspectos procesales de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Valoración del programa *compliance*», Nº 130, Sección Jurisprudencia aplicada a la práctica, *Editorial Wolters Kluwer*, Enero-Febrero 2018.
- VALOR MARTÍNEZ, C., DE LA CUESTA GONZÁLEZ, M., «Códigos éticos: análisis de la eficacia de su implantación entre las empresas cotizadas», *Innovar: revista de ciencias administrativas y sociales*, Vol. 17, Nº.30, julio-diciembre Madrid, 2007, pp.19-30, (Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/inno/v17n30/v17n30a02.pdf>).

BLOGS

- AVILA MARIN, A., “*Compliance: el escudo corporativo 2.0*”, (Disponible en: <http://ticslaw.es/compliance/>).
- BONATTI BONET, F., “*Legal Compliance (I): Una breve historia*”, (Disponible en: <https://www.bonattipenal.com/legal-compliance-i-una-breve-historia/>).
- CASTELLANOS MORENO, C., “*Comentario a la STS 154/2016, de 29 de febrero, primer pronunciamiento condenatorio del Alto Tribunal que aprecia la responsabilidad penal de las personas jurídicas*”, Madrid, (Disponible en: http://www.aranzadi.es/sites/aranzadi.es/files/creatividad/alliantia/pdf/Comentario_STS_154_2016_Resp_penal_31_bis.pdf).
- JIMÉNEZ CARBAYO, V., “*Jurisprudencia reciente en materia de responsabilidad penal de personas jurídicas*”, ESCURA, (Disponible en: <http://www.escura.com/archivos/pdf/Revista-compliance-ES-web.pdf>).
- LEMA A., “*La formación en los programas de compliance: formación vs. información*”, (Disponible en: <http://www.worldcomplianceassociation.com/1322/articulo-la-formacion-en-los-programas-de-compliance-formacion-vs-informacion.html>).

- SILVESTRE, S., “*Compliance Penal: La verificación periódica del modelo de prevención*”, (Disponible en: <https://www.govertis.com/compliance-penal-modelo-de-prevencion>).

ENLACES DE PÁGINAS WEB

- <https://www.sec.gov>
- <https://www.epa.gov>
- <https://www.dea.gov>
- <http://www.un.org>
- <http://www.oecd.org>
- <https://boe.es/>
- <https://www.iso.org>
- <https://une.org>
- <http://www.ciencia.gob.es>
- Informe Anual 2014 Telefónica. *Ethics and compliance*, (Disponible en: <https://www.fundaciontelefonica.com>).
- Informe de Banca Responsable 2014 BBVA, (Disponible en: <https://www.bancaresponsable.com>).
- Informe Cifras PYME febrero 2017. Ministerio de Industria, Energía y Turismo, (Disponible en: <http://www.ipyme.org>).

ANEXO I.- Esquemas de las funciones del *Compliance*

Obligaciones de *Compliance*



| Asignación de responsabilidades | |
|--|---|
| <p>Todo el personal de la organización debe conocer los deberes y expectativas depositadas en el Program de <i>Compliance</i>.</p> | <p>Se promoverá que el nivel de diligencia en el conocimiento y observancia de las obligaciones sea, tanto para el personal de la organización como de eventuales terceros.</p> |

| Integración de las obligaciones | |
|--|--|
| <p>Se integrarán las obligaciones de <i>Compliance</i> dentro de los procesos de negocio de la organización.</p> | <p>La función <i>Compliance</i> velará porque las políticas, procedimientos y controles, incluyan los contenidos apropiados para dar cumplimiento a las obligaciones objeto del Programa de <i>Compliance</i>.</p> |

Riesgos del *Compliance*

| Identificación de los riesgos | | |
|---|--|---|
| <p>Consiste en conocer aquellos riesgos asociados con el incumplimiento de las obligaciones de <i>Compliance</i> y que son objeto de uno o varios Programas de <i>Compliance</i>.</p> | <p>Los riesgos asociados con el incumplimiento de las obligaciones trazadas por el <i>Compliance</i> pueden ser tanto económicas (sanciones, pérdidas financieras, etc) como reputacionales.</p> | <p>Por lo tanto, la identificación de los riesgos de <i>Compliance</i> serán proyectados sobre las obligaciones marcadas en el Programa de Cumplimiento por la organización, al fin de prevenirlos, detectarlos y gestionarlos.</p> |

Análisis de los riesgos

El análisis de los riesgos se efectuará atendiendo a las amenazas que exponen a la organización, considerando sus circunstancias y dentro de un ejercicio racional de previsión.

Se tendrá en cuenta la probabilidad de que se materialicen las consecuencias que se producirán en tal caso.

Valoración de los riesgos

Se categorizan los riesgos dependiendo de su relevancia, determinando una priorización que ayude a la organización y a la función de *Compliance*.

Administrar razonablemente los recursos para su prevención, detección y gestión por medio del Programa de *Compliance*.

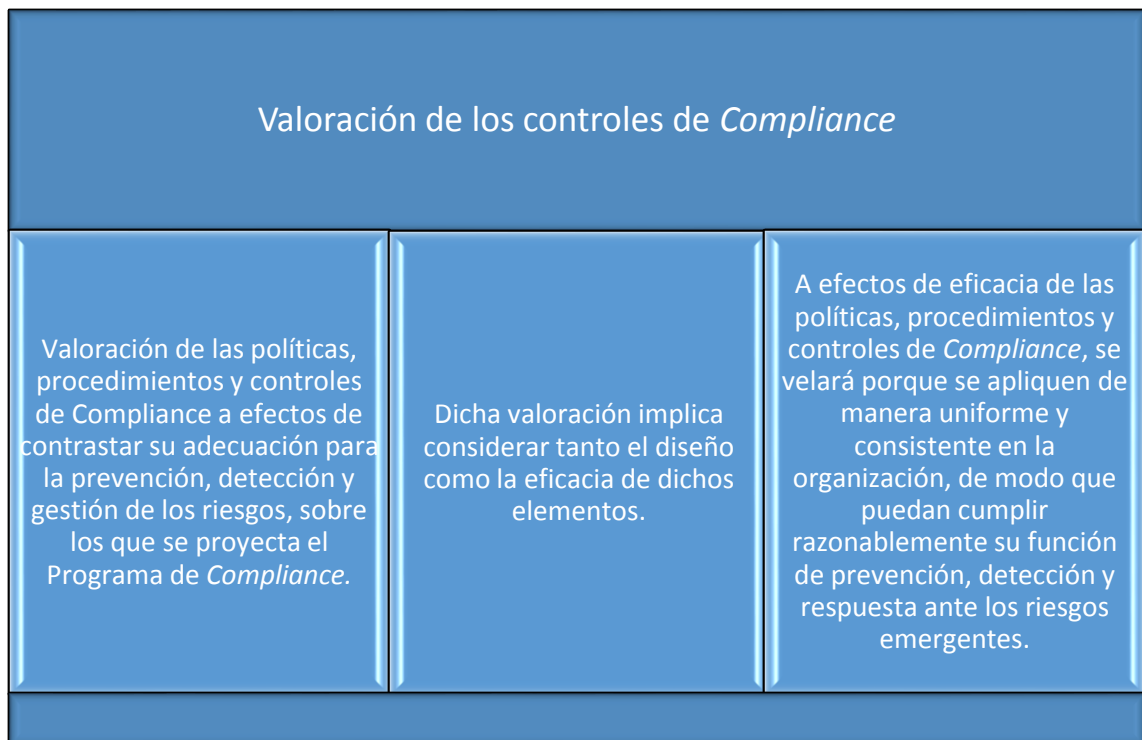
En el proceso de categorización de los riesgos, se tendrá en cuenta el nivel de amenaza que se suponen, de acuerdo con el análisis realizado.

Identificación de los controles de *Compliance*

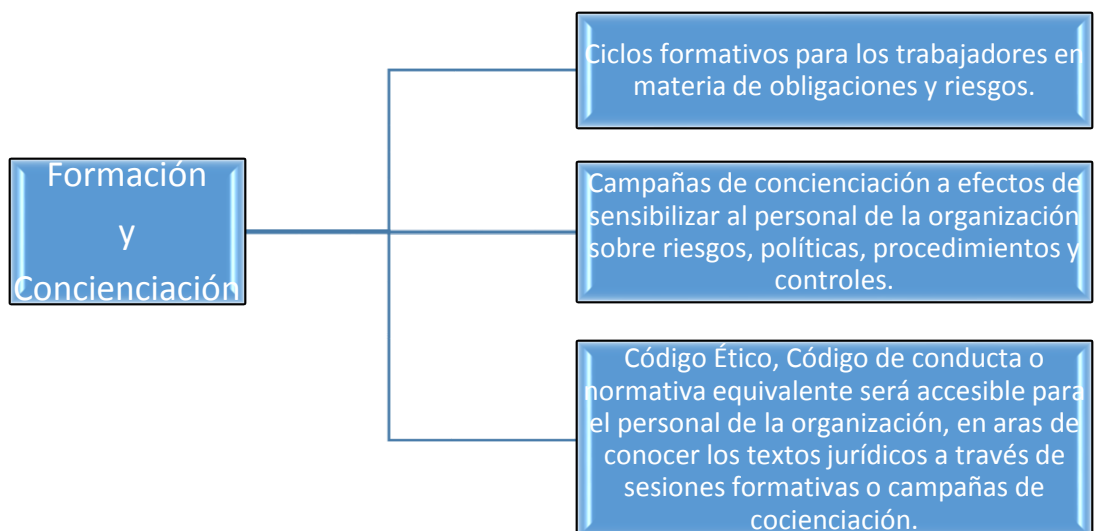
Identificación de las políticas, procedimientos y controles que la organización dispone para prevenir, detectar y gestionar aquellos que formen parte del alcance del Programa de *Compliance* que debe operar.

Se propondrán nuevas políticas, procedimientos y controles, o la modificación de los ya existentes, para mejorar las prestaciones del Programa de *Compliance* que debe operar.

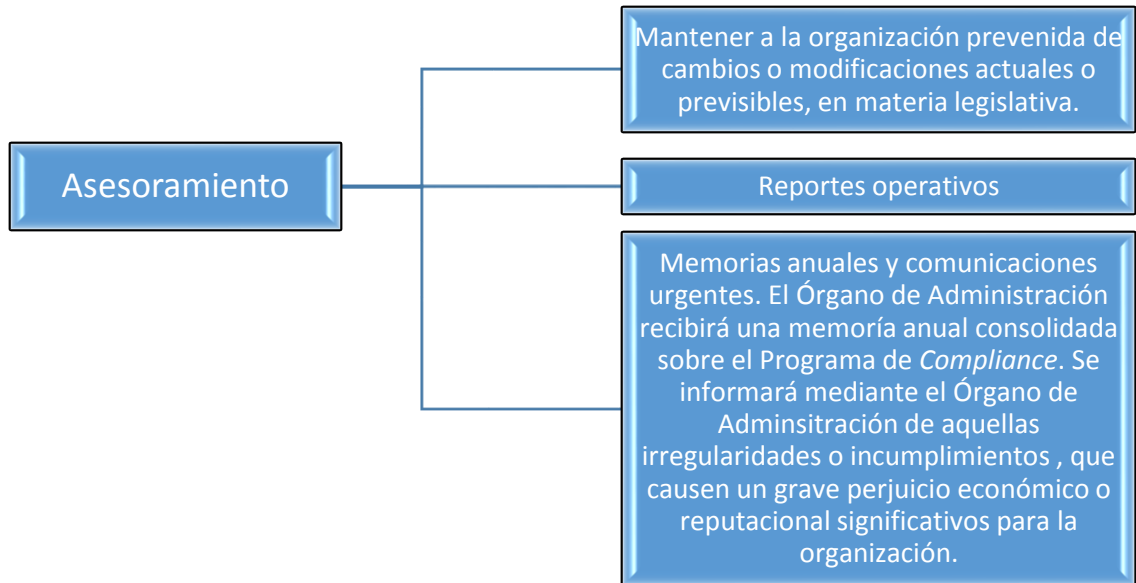
El *Compliance* debe participar en el diseño y control de la observancia de políticas, procedimientos y controles relacionados con el Programa de *Compliance* que opera en la organización.



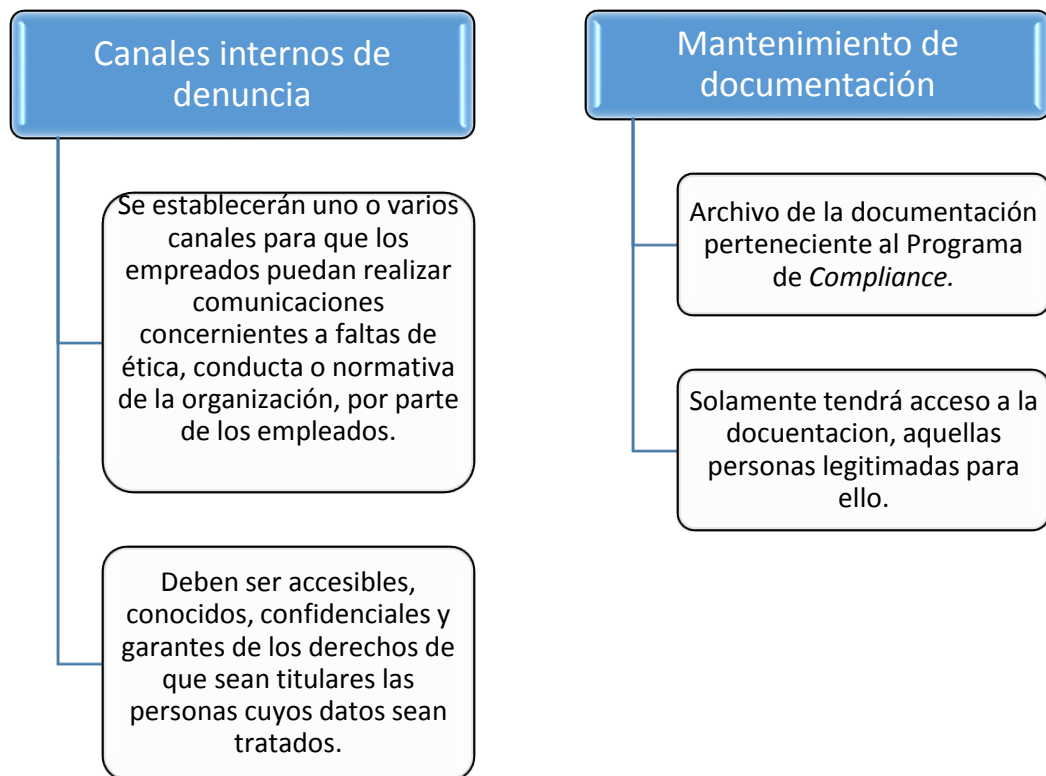
Formación y Concienciación



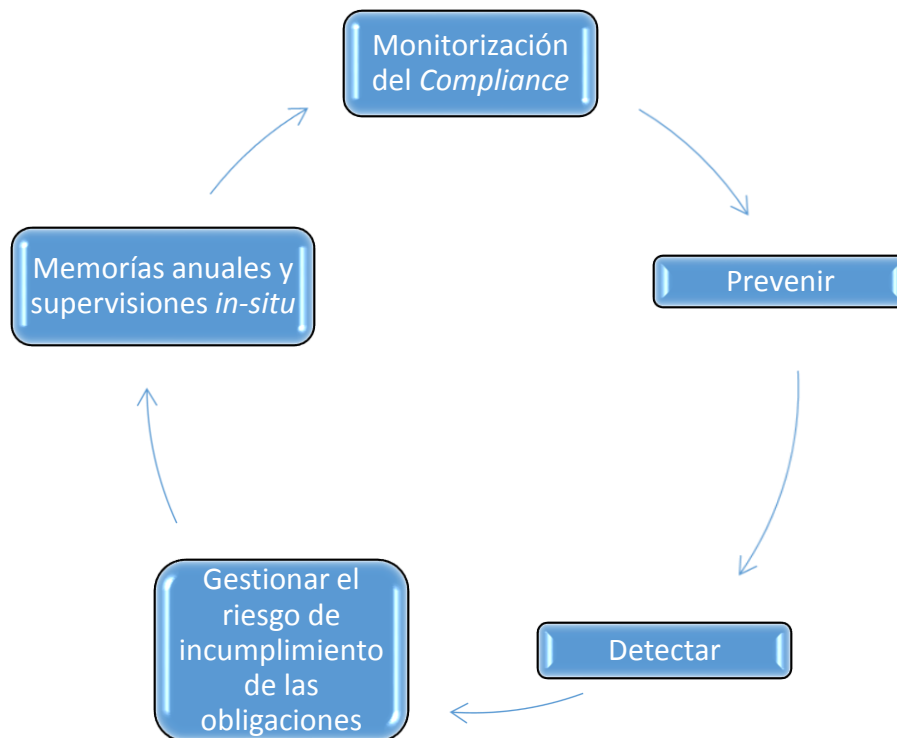
Asesoramiento



Canales internos de denuncia y mantenimiento de documentación




Monitorización del Programa de *Compliance*








*Información detallada de las funciones de un Programa de *Compliance* que aparecen en las tablas *supra*¹³⁶.

¹³⁶ Asociación Española de *Compliance*, “Libro blanco sobre la función de *Compliance*”, Madrid, 2017, pp.23-41. <https://www.asociacioncompliance.com/wp-content/uploads/2017/08/Libro-Blanco-Compliance-ASCOM.pdf> [Consulta: 7 de noviembre de 2018].

ANEXO II.- Canal de denuncias (capturas de pantalla de la página web de SENER)




Website SENER ▾

Español ▾

GRUPO SENER | SECTORES Y PROYECTOS | INNOVACIÓN | RESPONSABILIDAD CORPORATIVA | TRABAJAR EN SENER | SALA DE PRENSA





[Home](#) >> [Responsabilidad Corporativa](#) >> [Ética y cumplimiento](#) >> [Canal de Denuncias](#)



Canal de denuncias

El Canal de Denuncias es una herramienta que permite **comunicar, de manera confidencial y a través de un sencillo formulario, aquellas actividades y conductas potencialmente irregulares** que puedan suponer un incumplimiento del Código de Conducta y/o la posible comisión de un delito penal.

Las **comunicaciones podrán ser anónimas**, no exigen la inclusión de los datos personales del denunciante, **y permitirán el envío de cualquier duda o consulta** en materia de ética y cumplimiento. Todas las comunicaciones serán **recibidas y analizadas** diligente, rigurosa y confidencialmente **por la Dirección de Cumplimiento y Procesos Corporativos de SENER**, dependiente de la Comisión de Auditoría y Cumplimiento del Grupo. En todos los casos, se dará respuesta a la Dirección y todos los casos serán tratados de acuerdo a lo establecido en el protocolo definido de Compartir.



[Buscar](#)[Contacto](#)[Subir](#)


La Canale de Denuncias de SENER cumple una doble función. Por un lado, ayuda a **garantizar** el cumplimiento del **Código de Conducta**, al permitir comunicar posibles violaciones de los principios y valores fundamentales del Grupo. Por otro, es un requerimiento de la última reforma del Código Penal para cualquier **Modelo de Prevención y Detección de Delitos Penales**.

[DESCARGAR NORMATIVA](#)


[ACCESO AL FORMULARIO](#)

Contenidos relacionados con


Canal de Denuncias




SENER participará en el parque eólico marino flotante de Kincardine que COBRA desarrolla en Escocia
... [+]



El grupo SENER logra cinco contratos para desarrollar la misión lunar LOP-Gateway
... [+]



SENER lidera la construcción de una terminal de almacenamiento y regasificación en Francia
... [+]



© Grupo SENER 2019. Todos los Derechos Reservados

[Accesibilidad](#) | [Aviso legal](#) | [Mapa web](#) |



Formulario del Canal de Denuncias

Hecho denunciado

HECHO DENUNCIADO*:

UBICACIÓN/CIUDAD*:

PAÍS*:

Seleccionar ...

FECHA APROXIMADA DEL SUCESO*:

PERSONAS IMPLICADAS*:

PERSONAS QUE PUEDEN APORTAR INFORMACIÓN:

ADJUNTAR DOCUMENTACIÓN (TAMAÑO MÁX. 10MB):
(Para más de un archivo, adjuntar un fichero comprimido Zip)

Examinar...

No se ha seleccionado ningún archivo.

Información de contacto

NOMBRE:

APELLIDOS:

TELÉFONO (PREFIJO Y NÚMERO):

+34666666666

CORREO ELECTRÓNICO:

Pregunta de seguridad

*** ¿CUÁL ES LA PRIMERA LETRA DEL ABECEDARIO? :**

Nota: Todos los campos marcados con asterisco (*) son obligatorios

De conformidad con el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. SENER INGENIERÍA Y SISTEMAS, S.A. como responsable de los datos facilitados, le informa:

INFORMACIÓN BÁSICA SOBRE EL TRATAMIENTO DE DATOS

Responsable SENER INGENIERÍA Y SISTEMAS, S.A.



MENÚ

| | |
|-----------------------|--|
| Legitimación | Consentimiento del interesado |
| Procedencia | Directamente del interesado |
| Destinatarios | No se prevén comunicaciones de datos a terceros, salvo obligación legal. En el supuesto contemplarse tal posibilidad, se solicitará su consentimiento. |
| Derechos | Acceso, rectificación, supresión, limitación, oposición y portabilidad, así como otros derechos explicados en el apartado de Política de protección de la privacidad y confidencialidad de los datos de carácter personal de nuestro Aviso legal . |
| Información Adicional | Puede consultar la información adicional sobre Protección de Datos en nuestra Aviso legal . |

☐ He leído y acepto la [Política de privacidad](#)

Enviar



© Grupo SENER 2019. Todos los Derechos Reservados

[Accesibilidad](#) | [Aviso legal](#) | [Mapa web](#) |

Compartir:



Buscar...

[Buscar](#)

[Contacto](#)

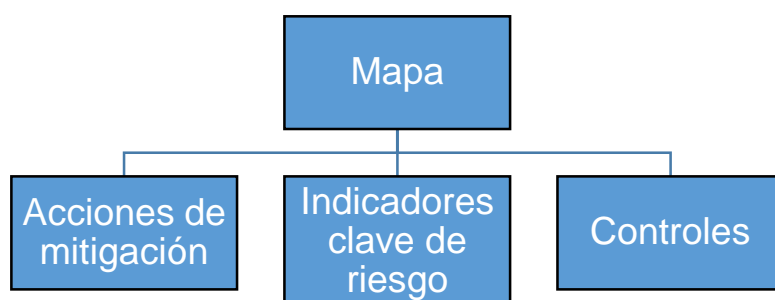
[Subir](#)

ANEXO III.- Ejemplo práctico de un mapa de riesgos

Este Anexo III se basa en la realización de un mapa de riesgos generalista, es decir, que sirva como modelo aplicable a cualquier empresa/ entidad u organización, con independencia de la actividad que desarrolle.

La primera fase de todo mapa de riesgos es proporcionar respuestas a cuestiones tales como ¿qué puede fallar en las actividades de la empresa? ¿Qué indicadores debemos controlar para detectar las anomalías? ¿Qué frecuencia cabe esperar para que se produzcan esos eventos anómalos? ¿Qué consecuencias pueden tener sobre la actividad? ¿Cómo pueden minimizarse estos efectos?

Por ende, podemos resumir esta primera premisa con esta tabla ilustrativa:



La segunda fase en la elaboración de un mapa de riesgos es la identificación y clasificación de los mismos. Así que, los podemos clasificar de la siguiente manera:

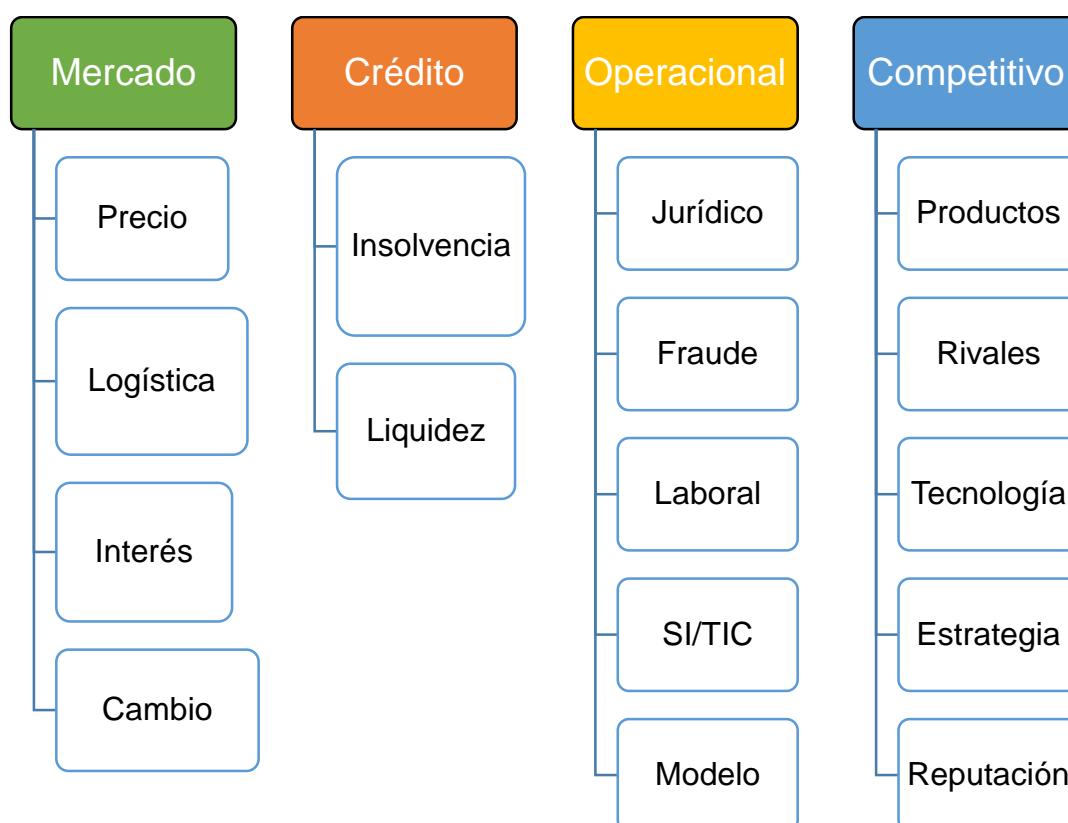


- Los riesgos de mercado recogen los factores externos relacionados con el comportamiento de los precios de venta, los costes y la disponibilidad

de los recursos. Igualmente, podemos incardinar en este riesgo los tipos de interés o de cambio, así como, los valores activos y pasivos de una empresa.

- Los riesgos de crédito tienen una importancia menor, no obstante, engloban riesgos relacionados con la tesorería, sobre la estabilidad financiera de la empresa.
- El riesgo operacional comprende varios eventos, tales como los fraudes, fallos o caídas en los sistemas informáticos transaccionales o de gestión, conflictividad laboral, disfunciones en la estructura o errores cometidos en los procesos de decisión, etc.
- Los riesgos competitivos incluyen eventualidades de naturaleza estratégica, vinculadas con la posibilidad de nuevos rivales, productos alternativos o nuevas tecnologías.

Por consiguiente, en el siguiente esquema sintético observamos cómo queda la clasificación de los riesgos por categorías.



Una vez identificados los riesgos, se requiere establecer una metodología para medirlos y priorizarlos. En esta fase delimitamos los riesgos a través de la repercusión de los mismos, tomando como variable la prioridad/ importancia y la probabilidad. En la tabla 1 establezco una escala básica para medir la importancia de los riesgos, que queda así:

| Nivel de importancia | Ejemplo de descripción | Escala (quebranto en millones de €) |
|-----------------------------|---|--|
| Muy Alta | Puede afectar a todos los procesos/ productos desarrollados o gestionados en el área. Pérdida económica muy grave | > 30 |
| Alta | Puede afectar a un nº elevado de los procesos/ productos desarrollados o gestionados en el área. Pérdida económica sustancial | 10 - 30 |
| Media | Puede afectar a algunos procesos/ productos desarrollados o gestionados en el área. Pérdida económica significativa | 2 - 10 |
| Baja | Puede afectar a un nº reducido de procesos/ productos desarrollados o gestionados en el área. Pérdida económica moderada | 0,1 – 2 |
| Muy Baja | Muy leve efecto en algún proceso o producto desarrollado/ gestionado en el área. Sin perjuicios, baja pérdida económica | < 0,1 |

TABLA 1: ESCALA BÁSICA DE MEDICIÓN DEL RIESGO

Como segunda variable tomamos la probabilidad, esto es, analizamos la verosimilitud de esta medida a la hora de estimar en que porcentaje el riesgo se va a materializar o no, en quebranto. Por ende, la tabla 2 refleja una posible clasificación:

| Nivel de Probabilidad | Ejemplo de descripción | Escala (Frecuencia) |
|-----------------------|---|---------------------------|
| Muy Alta | Se espera que ocurra en la mayoría de las circunstancias. | 1 o más veces a la semana |
| Alta | Probablemente ocurrirá en la mayoría de las circunstancias. | 1 vez al mes |
| Media | Puede ocurrir en algún momento. | 1 vez al trimestre |
| Baja | Podría ocurrir en pocas circunstancias. | 1 vez al semestre |
| Muy Baja | Puede ocurrir solo en ocasiones excepcionales. | 1 vez al año |

TABLA 2: JERARQUIZACIÓN DEL RIESGO

Después de haber aplicado los criterios anteriores el resultado nos da una calificación inicial para cada riesgo inherente, dividiéndose en una escala como la siguiente:

- Riesgo alto: se asigna el color rojo
- Riesgo medio – alto: se asigna el color naranja
- Riesgo medio: se asigna el color amarillo
- Riesgo bajo: se asigna el color verde

En el mapa semántico *infra* se podrán observar estos riesgos con sus respectivos colores, basándonos en la importancia relativa y la probabilidad como variables.

| | | | | | | |
|---------------------|-----------------|--------------------|-------------|--------------|-------------|-----------------|
| Probabilidad | Muy Alta | | | | | |
| | Alta | | | | | |
| | Media | | | | | |
| | Baja | | | | | |
| | Muy Baja | | | | | |
| | | | | | | |
| | | Muy baja | Baja | Media | Alta | Muy Alta |
| | | Importancia | | | | |

Una vez efectuada la evaluación cualitativa de cada uno de los factores de riesgo, debemos agrupar los resultados obtenidos según la tipología de riesgos, para poder determinar la exposición a cada uno de esos factores.

El criterio seguido para la agregación de los resultados obtenidos se realizará mediante intervalos y en función del número de factores de riesgo que se han calificado en cada uno de los niveles, con respecto al total de factores de riesgo evaluados.

Cada intervalo tiene unos umbrales para ser evaluados y se pueden fijar de la siguiente manera:

1.- Si un 25% de los factores de riesgo se ha evaluado como riesgo alto el tipo de riesgo analizado se evalúa en conjunto como de riesgo alto; si no se cumple esta condición se evalúa en el siguiente intervalo.

2.- Si los factores de riesgo evaluados como de riesgo alto medio-alto son más del 25% el tipo de riesgo analizado se evalúa en conjunto como de riesgo medio-alto; si no se cumple esta condición se evalúa en el siguiente intervalo.

3.- Si los factores de riesgo evaluados como de riesgo alto, medio alto o medio son más del 50% el tipo de riesgo analizado se evalúa en conjunto como de riesgo medio.

4.- Si no se han cumplido ninguna de las condiciones anteriores en tipo de riesgo analizado se evalúa en conjunto como de riesgo bajo.

La representación gráfica se hará tomando las áreas y tipos de riesgo de cada una de ellas, obteniendo la siguiente tabla:

| RIESGOS | | | | | | | |
|---------|---------|---------|----------|-----------|-------------|--------------|-------|
| Área | Crédito | Mercado | Liquidez | Operativo | Estratégico | Reputacional | Legal |
| Área 1 | | | | | | | |
| Área 2 | | | | | | | |
| Área 3 | | | | | | | |
| ... | | | | | | | |
| Área n | | | | | | | |

- Riesgo Alto: Rojo
- Riesgo Medio Alto: Naranja
- Riesgo Medio: Amarillo
- Riesgo Bajo: Verde

Una vez que hemos finalizo la tabla de riesgos por áreas, se presentarán a los responsables de cada uno de éstas para discutir la idoneidad del estudio realizado y si es así, para su posterior implantación en la persona jurídica.